



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"
Diritto – Economia – Storia

SEZIONE "DIRITTO AMMINISTRATIVO"

XXVII° Ciclo

**"Nuove prospettive di tutela del legittimo
affidamento nei confronti del potere
amministrativo"**

Ch.mo Prof. Giampaolo Rossi

Dottoranda Annamaria Gigli

Tutor

Ch.mo Prof. Gianfranco D'Alessio

Coordinatore

Anno Accademico 2014/2015

A mia nonna Anna

INDICE:

PREMESSE

CAPITOLO I

IL LEGITTIMO AFFIDAMENTO NELL'AZIONE AMMINISTRATIVA: ALLE ORIGINI DELLA TUTELA

1. La progressiva utilizzazione delle categorie civilistiche nel rapporto tra Stato e cittadino
2. L'affidamento nella tradizione giuridica: dalla *bona fide* del diritto romano agli studi di diritto privato
3. La dimensione "pubblicistica" del legittimo affidamento: la parabola del "principio del legittimo affidamento" dall'ordinamento tedesco a quello comunitario
 - 3.1. Un movimento "circolare"
 - 3.2. L'origine tedesca
 - 3.3. La dimensione comunitaria
4. L'approdo del "principio del legittimo affidamento" nell'ordinamento giuridico italiano
 - 4.1. Gli arbori della tutela
 - 4.2. L'ascesa del "principio del legittimo affidamento" tra i principi generali dell'azione amministrativa

5. Il rilievo del legittimo affidamento nei principali Stati europei e nelle decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo
 - 5.1. L'esperienza francese
 - 5.2. L'esperienza inglese
 - 5.3. L'esperienza spagnola
 - 5.4. Il legittimo affidamento nelle decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo

6. Dibattito dottrinario intorno agli elementi fondativi del legittimo affidamento verso il potere amministrativo
 - 6.1. Il binomio correttezza-sicurezza giuridica
 - 6.2. Soluzioni alternative nella dottrina straniera
 - 6.3. Soluzioni alternative nella dottrina italiana

CAPITOLO II

LA TUTELA “PONDERATIVA” ALLA BASE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO: IL RILIEVO DELL’AFFIDAMENTO NELL’ESERCIZIO DEL POTERE AMMINISTRATIVO

1. Il campo di operatività per eccellenza: i provvedimenti di secondo grado della pubblica amministrazione
 - 1.1. Il legame tra poteri di riesame ed affidamento
 - 1.2. Il ruolo dell'affidamento in sede di annullamento d'ufficio e revoca nel modello prospettato dal legislatore
 - 1.3. L'effettiva tutela dell'affidamento in sede di annullamento d'ufficio e revoca: la casistica giurisprudenziale
 - 1.3.1 La revoca
 - 1.3.2 L'annullamento d'ufficio

2. Sull'applicabilità di questo modello di tutela ad altre fattispecie amministrative "affini" all'autotutela
 - 2.1. La tutela ponderativa esiste solo nell'autotutela?
 - 2.2. L'affidamento ed il potere di sospensione cautelare ai sensi dell'art. 21-*quater*
 - 2.3. Affidamento e dia/scia e silenzio assenso
 - 2.4. L'affidamento derivante da comportamenti "autoritativi" dell'amministrazione: la questione dei c.d. autolimiti

3. Sull'applicabilità di questo modello di tutela a fattispecie amministrative "strutturalmente diverse" dall'autotutela. Sull'affidamento:
 - 3.1. Derivante da un provvedimento amministrativo nullo
 - 3.2. Nascente da attività illegittima e che si confronta con il potere sanzionatorio
 - 3.3. Negli atti generali di pianificazione
 - 3.4. Suscitato dall'interpretazione in buona fede degli atti dell'amministrazione
 - 3.5. Derivante da informazioni errate comunicate dalla pubblica amministrazione

4. Sull'applicabilità di questo modello di tutela in sede di annullamento giurisdizionale: quando la tutela "ponderativa" è compiuta dal giudice amministrativo

5. L'individuazione di un modello generale di tutela "ponderativa"
 - 5.1. I tre elementi necessari per individuare un affidamento meritevole di "ponderazione" in sede di autotutela
 - 5.2. La rilettura in chiave generale degli elementi strutturali della fattispecie della tutela "ponderativa" dell'affidamento
 - 5.2.1 Sull'elemento oggettivo
 - 5.2.2 Sull'elemento soggettivo
 - 5.2.3 Sull'elemento temporale

6. Una nuova lettura del principio del legittimo affidamento

CAPITOLO III

LA TUTELA “PATRIMONIALE” DELLA SITUAZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO: IL RILIEVO DELL’AFFIDAMENTO NEL COMPORTAMENTO AMMINISTRATIVO, TRA INDENNIZZO E RESPONSABILITA’ DA SCORRETTEZZA

1. Una tutela multiforme
2. Il ristoro mediante indennizzo
 - 2.1. L’indennizzo in generale: uno strumento di riallocazione delle conseguenze dannose dell’azione amministrativa
 - 2.2. L’indennizzo come forma di compensazione della situazione giuridica soggettiva di affidamento
 - 2.2.1. L’indennizzo nei provvedimenti di autotutela
 - 2.2.2. L’indennizzo negli accordi di cui all’art. 11, l. n. 241 del 1990
 - 2.3. Considerazioni generali sul ruolo dell’indennizzo come forma di ristoro del legittimo affidamento
3. La risarcibilità dell’affidamento nell’ambito della responsabilità precontrattuale della p.a.
 - 3.1. La responsabilità precontrattuale della p.a.: il percorso verso l’affermazione del dovere di correttezza dell’amministrazione nelle trattative contrattuali
 - 3.2. Sulla natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione
 - 3.3. Il *quantum* della tutela dell’affidamento nella responsabilità precontrattuale
 - 3.4. L’inadeguatezza della responsabilità precontrattuale a costituire il modello generale per il risarcimento del danno all’affidamento
4. La risarcibilità dell’affidamento ai sensi dell’art. 2043 c.c.: il nuovo impulso dato dalla Cassazione a Sezione Unite nel 2011
 - 4.1. La violazione della correttezza come fattispecie autonoma di danno ai sensi dell’art. 2043 c.c.: la decisione della Cassazione
 - 4.2. (segue...) Il detto e non detto delle Sezioni Unite

- 4.3. I profili problematici: la natura giuridica della situazione giuridica soggettiva di affidamento e le sue conseguenze... un nuovo caso di conflitto tra giurisdizioni?
 - 4.1.1 Il dibattito dottrinario
 - 4.1.2 Gli orientamenti della giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite del 2011

5. Sulla possibilità di configurare un danno non patrimoniale da lesione del legittimo affidamento
 - 5.1. Il punto sul danno non patrimoniale
 - 5.2. Danno non patrimoniale da lesione del legittimo affidamento

6. Effetti della tutela “patrimoniale” del legittimo affidamento sul potere amministrativo

CONCLUSIONI

PREMESSE

L'attualità di uno studio sul principio del legittimo affidamento

La scelta di approfondire il principio del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo nasce da molteplici fattori.

Sicuramente un interesse personale della scrivente, quella curiosità intellettuale che fa sì che ognuno si senta più sensibile a determinate tematiche piuttosto che altre.

La scelta deriva poi dalla convinzione che il tema del legittimo affidamento sia oggi un argomento vivo ed attuale.

Questa riflessione matura da un dato fattuale. In un'epoca in cui è la stessa legge a seguire un orologio scandito dai tempi dell'emergenza, del contingente, dell'oggi e non del domani, anche la precarietà delle decisioni amministrative e dei procedimenti si fa sempre più tangibile. La cavillosità della macchina burocratica aggrava la situazione; i lunghi tempi di attesa per l'ottenimento di un provvedimento amministrativo o di una decisione del giudice che su quel provvedimento si pronuncerà, sono evidentemente terreno fertile per il consolidarsi di una posizione di affidamento del cittadino, poi magari frustrato. E' così la realtà di tutti i giorni a dirci che le aspettative tradite dall'amministrazione sono un fenomeno in continua espansione e che forse non ha ancora sufficiente tutela nel nostro sistema giuridico.

Vi è poi un risvolto economico non trascurabile. La precarietà delle decisioni amministrative incide anche sull'economia e sull'attività di impresa¹. Come evidenziano i rapporti *Doing Business* (DB) che il Gruppo Banca Mondiale svolge ormai dal 2003, al fine di esaminare il livello di “*business environment*” in cui operano le piccole e medie imprese, vi è un legame diretto tra l'attività di impresa e il numero di procedure, i tempi e i costi necessari per avviare un'attività imprenditoriale². In merito l'Italia è ancora molto indietro. Secondo il rapporto *Doing Business 2013: Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*³, il nostro paese si classifica al 73° posto su 185 Paesi del mondo per quanto riguarda la facilità di fare impresa⁴. Anche sotto questo profilo, dunque, l'assenza di stabilità dei regimi autorizzatori e regolativi dell'attività di impresa, da ricondurre nel più ampio fenomeno della incertezza del diritto, contribuisce senz'altro a disincentivare gli operatori economici dall'investire nel nostro Paese.

Ma, ancora di più delle motivazioni sovra esposte, vi è una ragione fondamentale alla base di tale scelta: la convinzione che la frustrazione del legittimo affidamento sia anche la frustrazione della libertà di ciascun cittadino. Non consentendo all'individuo di prevedere quali siano gli effetti giuridici del suo comportamento, gli si impedisce di decidere liberamente, di compiere delle scelte di vita, di ordine familiare o lavorativo, di agire come meglio crede nella consapevolezza degli effetti delle sue azioni. Come scriveva Bruno Leoni, se si vuole configurare il concetto di libertà come assenza di costrizioni da parte di altre persone, comprese le autorità, la si deve concepire come una «libertà sia negli affari, sia in

¹ Sull'importanza della qualità delle regole, come elemento essenziale dello stato di diritto, non solo per i cittadini ma anche per le imprese cfr. M. DE BENEDETTO – M. MARTELLI- N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011.

² Le indagini analizzano le regolamentazioni d'impresa relative alle più importanti città del mondo, utilizzano, tra gli indicatori, tra l'altro, il c.d. “avvio di un'attività imprenditoriale”, ossia il numero di procedure, i tempi e i costi necessari per avviare un'attività imprenditoriale e l'“ottenimento di permessi edilizi”, che esamina le procedure, i tempi e i costi necessari per ottenere licenze e permessi di carattere edilizio ma anche connessioni alle reti idrica, fognaria, elettrica e telefonica.

³ Disponibile su www.doingbusiness.org.

⁴ Il Paese si posiziona dopo molte economie dell'Unione Europea che, nell'insieme, hanno una posizione media pari a 40. Sui 5 indicatori analizzati dal presente rapporto, l'Italia supera la *performance* media europea in un indicatore, il trasferimento di proprietà immobiliare, per il quale si registra una buona pratica a livello mondiale.

ogni altra sfera della vita privata»⁵. Poiché «la prevedibilità delle conseguenze è una delle premesse indispensabili delle decisioni umane, si deve concludere che più le regole generali rendono prevedibili, almeno dal punto di vista giuridico, le conseguenze delle azioni individuali, più queste azioni possono essere chiamate “libere” dall’interferenza di altre persone, comprese le autorità»⁶. La prevedibilità giuridica delle conseguenze delle proprie decisioni è dunque un modo di realizzare la propria libertà, perché solo un’azione i cui effetti giuridici siano prevedibili da chi la compie può essere un’azione veramente libera.

Il metodo

L’analisi che segue si fonda sul c.d. metodo scientifico, comune a tutte le scienze. Quanto al diritto amministrativo, esso trova il suo precursore in G. Romagnosi, che, vissuto a cavallo del 1800, già profetizzava la necessità di una scomposizione dei sistemi complessi, cogliendo ciò che collega le varie parti secondo il criterio del fine che le unisce, per poi risalire dal più semplice al più articolato, procedendo per gradi, passando così “da idee chiaro-confuse a idee chiaro-distinte”⁷.

L’approccio che mi propongo di realizzare è, dunque, il più possibile un approccio realista ed oggettivo, con la consapevolezza che ciò sarà per natura impossibile, poiché anche in una semplice attività di “selezione di fatti” vi è l’influenza di un’impostazione soggettiva, e ciò si manifesta ancora di più quando dai fatti si risale verso l’alto, nel tentativo di ricomporre concetti generali. Come in quadro del pittore realista Gustave Courbet, in un paesaggio rurale di Giovanni

⁵ B. LEONI, *La libertà è legge*, 1961 (ristampa del 2010 con l’editore Liberilibri, Macerata), p.115.

⁶ B. LEONI, *cit.*, p. 84.

⁷ G.D. ROMAGNOSI, *Vedute fondamentali dell’arte logica* (1832), in A. De Giorgi (a cura di), *Opere di Gian Domenico Romagnosi*, Milano, 1841-1848, I, p. 188, come ricorda G. ROSSI, *L’attualità di G. D. Romagnosi nell’eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 1 ss; sul metodo di G.D. Romagnosi v. anche F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, n. 4, p. 1222 e ss.

Fattori o in una scena di vita di Johannes Vermeer, la sola rappresentazione della realtà cela già, nelle pennellate dell'artista, nella posizione dei corpi, nei colori, nella luce, un'impostazione del tutto soggettiva.

Il campo di indagine

L'estrema ampiezza degli spazi in cui la tematica può trovare applicazione mi ha spinto a selezionare l'ambito di indagine. Il legittimo affidamento permea infatti l'intero ordinamento giuridico in quanto può maturare da un'autorità pubblica ben diversa da quella amministrativa, tra cui, primo fra tutti, il legislatore. Il primo margine che pongo è allora quello del diritto amministrativo: lo studio del legittimo affidamento sarà limitato ai casi in cui questo sorge da una condotta della pubblica amministrazione.

Ho ritenuto, tuttavia, che anche l'ambito sopra definito potesse essere ulteriormente ristretto. L'amministrazione, come noto, agisce sia in via autoritativa che *iure privatorum*, esercitando la sua capacità giuridica al pari di qualunque individuo. Il legittimo affidamento, essendo uno di quei principi che "migrano" dal diritto civile a quello amministrativo, se considerato in questa seconda ottica, in nulla si differenzia dall'applicazione dello stesso nel diritto comune, in cui esso ha origine. Dove, invece, l'affidamento può incontrare delle spigolosità è laddove si frappone ad un'amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo. E' dunque questo ultimo elemento, la presenza del potere amministrativo e quindi di un interesse generale al cui soddisfacimento esso è posto, che può rendere l'applicazione del principio del tutto peculiare ed interessante, trattandosi di verificare come una categoria giuridica di diritto comune reagisca al cospetto del potere amministrativo. Non si tratterà, dunque, dell'affidamento derivante dall'amministrazione in qualità di parte di rapporti regolati dalle sole norme di diritto privato.

Poiché, da ultimo, ben può anche un privato esercitare una funzione pubblica, ho preferito adottare l'espressione neutra "potere amministrativo", che consente di ricomprendere sia il caso in cui ad esercitarlo sia un'amministrazione pubblica che un soggetto di natura diversa. Ciò nonostante, per semplicità, nel testo si utilizzerà

l'espressione "pubblica amministrazione", dando per scontato che l'espressione è usata in senso ampio, ad indicare qualunque soggetto deputato a svolgere un'attività autoritativa.

La tutela "ponderativa" e la tutela "patrimoniale" come possibili chiavi di lettura di un fenomeno dalla duplice natura

Sempre più spesso capita di leggere sentenze costellate dal richiamo al legittimo affidamento e ciò si verifica nelle materie più disparate. L'affidamento è menzionato nella responsabilità precontrattuale, nell'esercizio dei poteri di riesame, in relazione ad una semplice circolare come ad un provvedimento. Talvolta è tutelato come comportamento scorretto; talaltra è invocato dai ricorrenti al fine di indirizzare diversamente l'azione amministrativa. In altri casi ancora è richiamato per invocare un'interpretazione diversa di un provvedimento. Con questo studio cercherò, così, di dare risposta ad una esigenza primordiale, quella di "ordine" tra le possibili forme di rilievo dell'affidamento nei confronti del potere amministrativo.

A tal fine, ho individuato due possibili chiavi di lettura del principio, che ho scelto di definire come la tutela "ponderativa" e la tutela "patrimoniale".

La prima coincide con quello che è il cuore tradizionale del principio del legittimo affidamento nel diritto amministrativo: l'amministrazione, nell'esercizio del potere amministrativo, deve tener conto di eventuali situazioni giuridiche di legittimo affidamento che si siano consolidate in capo ai privati; ciò significa che quelle aspettative dovranno essere "ponderate", sia con gli altri interessi secondari presenti, sia con quello pubblico primario, e che, se il risultato della valutazione discrezionale dovesse essere contrastante con le stesse, l'amministrazione dovrà darne adeguata motivazione. Il legittimo affidamento si colloca, quindi, *in primis* in questa dimensione "autoritativa", quella della decisione discrezionale amministrativa, momento tutto interno all'esercizio del potere e rilevante sotto il profilo della legittimità. Se l'amministrazione non pondera affatto, o adeguatamente, l'affidamento in sede decisionale, l'esercizio del potere sarà illegittimo perché contrario ad uno dei principi che lo regolano.

Ma il legittimo affidamento presenta una “doppia anima”, perché assume rilievo anche in quella che si è definita la “tutela patrimoniale”, che è la seconda prospettiva di tutela considerata.

La situazione giuridica soggettiva di affidamento che il privato ha maturato nei confronti del potere amministrativo acquisisce rilievo, infatti, anche al di là della decisione discrezionale, considerando le determinazioni amministrative, gli atti e i fatti da cui l'affidamento è nato, e da cui esso viene poi eventualmente “sacrificato”, come una sequenza di atti comportamentali lesivi di una situazione giuridica soggettiva, anche se si tratta di atti espressione dell'esercizio del potere. L'affidamento non è solo un'aspettativa rilevante “nel diritto amministrativo”, allorché l'amministrazione, seguendo le regole che disciplinano l'esercizio del potere, esercita il suo potere discrezionale ed incide su di essa; l'affidamento è anche una situazione giuridica soggettiva autonoma, rilevante “nel diritto comune” perché qualificabile, secondo i generali canoni comportamentali che governano le relazioni tra individui, come un'aspettativa di coerenza del comportamento altrui. Quando l'amministrazione esercita il potere dando vita ad una sequenza fattuale che, nonostante la sua legittimità sotto il profilo delle regole che governano l'esercizio del potere, è lesiva di una situazione di affidamento da essa stessa suscitata, tale sequenza avrà rilievo come violazione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, con conseguente possibilità di chiedere il risarcimento del danno subito.

Piano della ricerca

La struttura del lavoro segue l'idea di un primo capitolo avente una finalità introduttiva sul tema, per poi soffermarsi, con un capitolo ciascuna, sulle due principali forme o prospettive di tutela del legittimo affidamento nel potere amministrativo.

Il primo capitolo mira, dunque, a ricostruire una sorta di “stato dell'arte” nella materia. Vi tenterò di ripercorrere, in estrema sintesi, l'evoluzione storica del principio ed i termini del dibattito che l'hanno accompagnato fino ad oggi.

A livello metodologico, quanto alla delimitazione dell'ambito geografico di riferimento, l'indagine scientifica ha come ambito di riferimento principale l'ordinamento nazionale, ma saranno esaminati al fine di evidenziarne l'origine storica, l'ordinamento tedesco e comunitario; in chiave comparata, gli ordinamenti di Francia, Inghilterra e Spagna, nonché le decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Quanto, invece, all'analisi del dibattito dottrinario, lo studio si concentrerà principalmente sulla dottrina italiana, tedesca e francese.

Nel capitolo II mi soffermerò su un'analisi "verticale" del principio del legittimo affidamento, ossia tenterò di scendere in profondità nel cuore della tutela "ponderativa" tipica dell'esercizio del potere amministrativo. L'ambito spaziale di riferimento sarà, in questo caso, il solo ordinamento giuridico italiano.

La prima attività di indagine consiste nello scendere "verso il basso", ossia nel cercare di individuare alcune delle più significative fattispecie amministrative di concreta applicazione del principio. La tecnica utilizzata al fine di selezionarle sarà quella di verificare se la tutela dell'affidamento che in esse si compie può essere ricondotta a quella che ho definito la "tutela ponderativa", ossia il meccanismo con cui opera generalmente il principio del legittimo affidamento e che trova il suo campo di operatività, per eccellenza, nei provvedimenti di riesame della pubblica amministrazione (fattispecie che sarà quindi analizzata per prima).

Individuate queste fattispecie applicative, il secondo tipo di analisi consisterà nel risalire "verso l'alto", ossia nel formulare un modello generale di tutela "ponderativa", deducendo, dal basso, quali siano i tratti comuni di questa ampia tassonomia di casi applicativi. In particolare, tenterò di riformulare in termini generali quali siano gli elementi necessari per il maturare di una situazione giuridica di affidamento meritevole di tutela (finora essi sono stati formulati in relazione ai provvedimenti di riesame) e di formulare una nuova definizione di principio di legittimo affidamento che tenga conto dei risultati della ricerca.

Nel capitolo III, da ultimo, mi soffermerò sulla "tutela patrimoniale". Anche in questo caso l'analisi sarà limitata al solo ordinamento giuridico italiano. In questo senso, analizzerò alcune delle forme di tutela economica oggi previste dalla legge per chi ha maturato una situazione di affidamento legittimo verso il potere amministrativo, al fine di individuare se esse possano essere ricondotte ad un unico

modello di tutela. Saranno, quindi, considerati l'indennizzo, in particolare con riferimento ai provvedimenti di autotutela e agli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990; la risarcibilità dell'affidamento nell'ambito della responsabilità precontrattuale della p.a.; la risarcibilità dell'affidamento ai sensi dell'art. 2043 c.c. Mi soffermerò, dunque, su alcuni profili problematici, come quello della natura giuridica della situazione giuridica soggettiva di affidamento.

CAPITOLO I
IL LEGITTIMO AFFIDAMENTO NELL’AZIONE AMMINISTRATIVA:
ALLE ORIGINI DELLA TUTELA

1. La progressiva utilizzazione delle categorie civilistiche nel rapporto tra Stato e cittadino

Il principio del legittimo affidamento è l’emblema di un dibattito iniziato fin dalla nascita del diritto amministrativo ma ancora vivo e attuale, quello della applicabilità delle norme e dei principi tipici del diritto civile al rapporto tra Stato e cittadino.

La relazione tra diritto privato e pubblico è infatti, da sempre, al centro della discussione dottrina¹. Si discute se e quanto il diritto pubblico debba distinguersi

¹ Sul tema vedi, *ex multis*, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 736; N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 145 ss; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario fra pubblico e privato*, Milano, 1985; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell’attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 661 e ss; L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell’amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2004, p. 661; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1019 ss; ID., *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 2013, fasc.4, p. 607. Sul rilievo del diritto

da quello privato, domandandosi addirittura se abbia senso questa disciplina “speciale” (il che implica già un preconetto di fondo, quello che il diritto privato sia invece il diritto “generale”)²; e, in questo ordine di idee, ci si domanda se ha ragione di esistere una situazione giuridica soggettiva di “interesse legittimo”³; o ancora, se sia davvero utile e necessaria la presenza di un “giudice amministrativo”⁴.

Si assiste, così, in particolare negli ultimi tempi, ad una sorta di forza “centrifuga”, che vorrebbe attrarre all’interno del mondo delle regole dei rapporti paritari, incondizionatamente e spregiudicatamente, anche il rapporto “amministrativo”, ossia quella relazione nella quale il cittadino si frappone ad un’amministrazione pubblica che esercita un potere.

La stessa legge sembrerebbe ormai, in apparenza, remare in questa direzione: «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»⁵.

privato anche in sede organizzativa cfr. in particolare A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001 e B. MARCHETTI – G. FALCON, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013.

² D'altronde, se la disputa tra diritto pubblico e diritto privato è impostata solo nei termini della astratta preferenza per l'uso del diritto pubblico o di quello privato da parte delle pubbliche amministrazioni «essa è destinata a restare senza una soluzione scientificamente verificabile» (G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, cit., p. 671).

³ Cfr. F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, 17 ottobre 2011, su www.giustizia.amministrativa.it, per cui «l'interesse legittimo, da oltre un secolo allattato dalle cure materne di dottrina e giurisprudenza, è oggi forte e robusto grazie al ventaglio delle tutele di cui il codice lo ha munito» e, viceversa, F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.*, fasc.11-12, 1999, p. 2713, per cui «l'interesse legittimo è morto, e credo che non sia auspicabile una sua resurrezione». Sul tema si interroga anche F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, fasc.2, p. 379.

⁴ Sul tema v. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, 14 aprile 2011, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵ La regola, posta dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990, al comma 1-bis, è infatti solo apparentemente sbilanciata a favore del diritto privato poiché riguarda l'attività in cui la p.a. agisce non tramite l'esercizio di un potere bensì *iure privatorum*. L'utilizzo degli strumenti privatistici è allora la conseguenza della stessa natura dell'attività esercitata, che, per l'appunto, non ha natura autoritativa e non è, invece, indice alcuno di un'applicabilità generalizzata del diritto privato anche al potere amministrativo. In buona sostanza, l'impatto letterale della norma sembra più forte del suo contenuto sostanziale.

Questa “attrazione fatale” non è tuttavia semplice ed esente da criticità. Essa comporta, infatti, un trafugamento di norme e principi da relazioni lineari e bilanciate a rapporti diversi, permeati da profili autoritativi ed intrinseci delle nozioni di funzione pubblica e interesse generale.

All’origine di tutto vi è una semplice evenienza storica, quella che le norme che regolano i rapporti paritari sono nate antecedentemente a quelle che disciplinano il potere amministrativo. Anzi, il “diritto amministrativo” secondo la dottrina maggioritaria, sulla scia di quella francese, sarebbe sorto proprio come necessità di creare un *corpus* normativo speciale rispetto alle regole di diritto dei rapporti tra pari: nasce il diritto amministrativo perché all’amministrazione non si possono applicare le regole “comuni”. Il diritto amministrativo è la configurazione di un diritto di privilegio della pubblica amministrazione⁶.

Per queste ragioni il diritto amministrativo, in quanto diritto speciale, è stato per lungo tempo legittimato a resistere alle “contaminazioni” del diritto privato⁷, con la conseguenza che l’amministrazione ha potuto beneficiare di ampi spazi di libertà, sia in termini di responsabilità che decisionale. Tra i tanti privilegi, quello della

⁶ Non, viceversa, un «diritto volto ad eliminare i privilegi non richiesti dalla funzione da assolvere». In questi termini G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, p. 3 e ss., che ricorda come sia convinzione frequente nella dottrina francese e in quella italiana la tesi che il diritto amministrativo abbia avuto inizio quando il “*Tribunal des conflicts*” francese, con l’*arrêt Blanco* (1873), decidendo sulla domanda di risarcimento presentata dai parenti di una minore investita ad un furgone dell’Azienda statale dei tabacchi, negò che allo Stato e agli agenti pubblici si potessero applicare le regole sulla responsabilità del codice civile, con la conseguente sottrazione della controversia al giudice ordinario. Si è così diffusa l’idea che il diritto amministrativo sia il diritto di privilegio della pubblica amministrazione. Si è tuttavia messo in evidenza come il diritto amministrativo nasca ben prima di questa sentenza, in particolare attraverso gli scritti di G. Romagnosi (1761 – 1835) (cfr. G. ROSSI, *L’attualità di G. D. Romagnosi nell’eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 1 ss.). Orbene, senza entrare nel merito della discussione, anche perché non si sarebbe in grado di risolverla, c’è un dato però di fondo che pare ben motivare anche i rapporti tra pubblico e privato, sopra definiti: il grande successo che ebbe il pensiero di V. E. Orlando, sia esso o non il fondatore del diritto amministrativo, per cui il «Diritto pubblico equivale a diritto di Stato» (V.E. ORLANDO, *Le teorie fondamentali*, in *Introduzione al diritto amministrativo*, vol. I del *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società Editrice Libreria, 1897, pp. 1 ss), ha comportato che la costruzione scientifica del diritto pubblico si è andata distinguendosi sempre più dalle categorie del diritto privato.

⁷ Un esempio di questo tipo si può evidenziare nella disciplina della c.d. autotutela che, come lascia pensare la stessa parola, veniva inizialmente intesa come privilegio dell’amministrazione, la quale, in via eccezionale, poteva derogare al comune principio per cui “nessuno può farsi giustizia da sé” (sul tema ampiamente al cap. II).

insindacabilità della discrezionalità amministrativa⁸, dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo⁹, del diritto autotutela come potere di farsi giustizia da sé¹⁰. Può così dirsi che l'inapplicabilità delle regole di diritto comune era la regola; l'applicabilità l'eccezione.

Come a tutti noto, la concezione del diritto pubblico come diritto di privilegio è venuta ormai gradualmente meno. Ciò è avvenuto grazie, in particolare, ad un progressivo processo di "giuridicizzazione" del potere amministrativo¹¹, che, sulla scia dell'affermazione del c.d. "Stato di diritto", della emersione di un nucleo di diritti fondamentali del cittadino e di una profonda rilettura dello stesso concetto di

⁸ «La larghezza con la quale le leggi dell'800 riconobbero all'autorità poteri di ordinanza liberi, od ancora l'ampiezza di consensi, specie giurisprudenziali, che si riversarono, fin quasi ai principi di questo secolo, su ogni tentativo compiuto per costringere il riesame giurisdizionale nei limiti di un sindacato della legalità formale, danno la misura degli ostacoli e delle forze che hanno consentito all'autorità di ritardare così a lungo l'evoluzione del principio di legalità, di conservare per tanto tempo intatte le proprie posizioni di sostanziale libertà nella scelta delle condizioni e dei modi degli interventi imperativi. Non vi è nulla, tuttavia, che consenta di prender coscienza della reale entità di questo fenomeno quanto l'esame delle oscillazioni di contenuto registrate, durante tutto il corso di così faticosa evoluzione, dalla categoria della discrezionalità. Le variazioni, più o meno late, riscontrabili attraverso il tempo, si presentano difatti, ad una osservazione attenta, come il riflesso di cause più ampie, di movimenti di idee e di mutamenti di legislazione o di giurisprudenza, caratterizzabili solo in, rapporto alle alterne fasi della vicenda attraverso cui la struttura disciplinatrice dell'attività amministrativa (che si considera propria dello Stato di diritto) ha iniziato ad operare e tuttora tende a procurare, nello svolgersi fino alle sue ultime conseguenze, il più completo assoggettamento dell'azione dei pubblici poteri all'imperio della legge ed al controllo dell'autorità giurisdizionale» (A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1964, 65). Sul tema si rinvia, per tutti, a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, p. 1993 e ss. Inutile ricordare come l'evoluzione del sindacato sulla discrezionalità si leghi alla elaborazione della nozione di eccesso di potere «che ha consentito ed ha addirittura necessitato lo spostamento del baricentro di tutta la teoria della validità dei provvedimenti amministrativi dalla teorica della legittimità (formale) alla teorica del risultato» (A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, fasc.4, p. 735).

⁹ Per un approfondimento sul grado di tutela di cui gode oggi effettivamente l'interesse legittimo cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, n. 4, p. 1005, la quale ammette di provare «una certa insoddisfazione quando riflette sulla figura dell'interesse legittimo».

¹⁰ Sul tema si tornerà in modo approfondito al par. 1 del cap. III.

¹¹ Sulla nozione v. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010 p. 17 e ss. che annovera tra i profili essenziali del potere "giuridicizzato" la necessità che esso sia fondato sulla legge; che il potere sia al proprio interno articolato, nel senso che non esiste un solo soggetto o organismo che ne abbia la pienezza; che lo stesso sia funzionale alla tutela degli interessi a protezione necessaria; che tale tutela assuma il carattere di doverosità.

sovranità¹², ha consentito, la nascita di una nuova dimensione del rapporto cittadino-amministrazione. Crollano gradualmente quei privilegi di cui l'amministrazione, in nome dell'interesse pubblico, aveva indebitamente goduto, a favore di un rapporto che, pur non potendosi definire per natura come "ugualitario", assume sempre più la forma di una relazione giuridica tra parti "di pari dignità".

Grazie a questa evoluzione si pongono allora le basi per un'apertura del diritto pubblico verso quello privato. L'applicazione delle regole di diritto comune anche all'amministrazione, anzi, pare quasi espressione di questa volontà di rinnegare la connotazione di autorità, intesa in senso negativo, come qualcosa che si frappone alla libertà e che la ostacola, invece che come una nozione positiva, come lo strumento che consente proprio alla libertà individuale di potersi esprimere¹³. Quello che si era visto essere la regola diventa l'eccezione: vige un generale principio di applicabilità del diritto comune anche all'amministrazione salvo che la normativa speciale non disponga diversamente¹⁴.

Il richiamo al diritto privato nell'azione amministrativa viene in rilievo in relazione a diversi profili. Il primo è quello dell'uso degli strumenti giuridici da esso disciplinati al fine di soddisfare al meglio le attività e le funzioni cui l'amministrazione è deputata. Ciò è avvenuto soprattutto in relazione a quelle

¹² Si fa qui riferimento alla nota questione su quale sia l'origine del potere, in specie quello amministrativo. La scienza giuridica fin dalla seconda metà dell'Ottocento era giunta ad elaborare due correnti di pensiero, cui si sono poi aggiunte molte altre tesi intermedie di cui non è possibile dare atto in tale sede. Secondo la prima di esse, che ha origine in alcuni autori della scuola tedesca di diritto pubblico, lo Stato è la fonte di ogni forma di potere (cfr. *F. Von Gerber, Sui diritti pubblici*, 1852, trad. it. Milano, 1971); secondo, invece, altra dottrina, sempre tedesca e quasi contemporanea, alla base del potere vi è il corpo sociale (cfr. O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlino, 1868). Con l'evoluzione sopra descritta, ed in particolare l'ascesa dei principi di democrazia e libertà, è quest'ultima impostazione che sembra aver prevalso nell'ordinamento giuridico italiano, dove impera il principio costituzionale fondamentale per cui "la sovranità appartiene al popolo" (art. 1 Cost.).

¹³ La connotazione negativa di "autorità" deriva, d'altronde, da secoli di sopraffazione sociale della classe dominante, prima l'aristocrazia poi la borghesia (cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, p. 19) ed è stata certamente animata dalla storia del Novecento, con i regimi totalitari e repressivi che l'hanno caratterizzato. In dottrina si è così sottolineato come sia stata proprio la reazione a queste sopraffazioni del potere, una volta riaffermatosi lo Stato democratico di diritto, che ha finito per ingenerare confusione tra il concetto in sé di «autorità», e quello di «autoritarismo», che, invece, «non l'ha mai posseduta né mai la possiederà» (G. GRÜNER, *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. amm.*, 2011, fasc.2, p. 273).

¹⁴ Anche a livello processuale, come noto, il Codice del processo amministrativo, all'art. 39, dispone il c.d. "rinvio esterno" per cui «per quanto non disciplinato nel presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

“mansioni” che l’amministrazione pone in essere nella sua attività prestazionale, non autoritativa, come quella dei servizi pubblici¹⁵. In tali casi il richiamo agli strumenti civilistici, come il contratto, consente, da sempre, di meglio realizzare l’attività di erogazione del servizio, pur rimanendo comunque presente il profilo autoritativo (si pensi, per esempio, all’organizzazione della struttura che erogherà quella prestazione). Non è, dunque, la privatizzazione della gestione dei servizi pubblici che comporta una “modifica” del diritto amministrativo, ma solo una sua conformazione¹⁶.

Gli strumenti privatistici assumono ormai un ruolo importante anche in relazione al vero e proprio esercizio del potere amministrativo, essendo possibile, talvolta, soddisfare in modo migliore l’interesse pubblico attraverso l’uso di meccanismi privatistici (per tutti il caso degli accordi amministrativi ai sensi dell’art. 11 della legge n. 241 del 1990¹⁷). Anche in questo caso, tuttavia, l’uso di strumenti consensuali non pare “travolgere” e mettere in crisi i profili autoritativi, tanto è che il rinvio ad essi avviene nei limiti in cui è compatibile con l’interesse pubblico (si pensi al recesso dai suddetti accordi, su cui si tornerà in seguito, che è in via maggioritaria inteso come una revoca più che un mero recesso privatistico¹⁸).

¹⁵ L’espansione della sfera pubblica nelle attività economiche si è determinata in parallelo alla acquisizione di rilevanza degli interessi dei gruppi sociali, al loro ingresso nel “pubblico” nel c.d. “stato pluriclasse” che ha reso i loro interessi “a protezione necessaria”, ossia interessi dei quali le collettività devono necessariamente garantire la soddisfazione provvedendovi con strumenti propri qualora il mercato non la renda possibile. L’espansione si è verificata in primo luogo in relazione alle attività di servizio, come istruzione, assistenza e previdenza, servizi di trasporto, fornitura idrica, illuminazione, riscaldamento (cfr. G. ROSSI, *Pubblico e privato nell’economia semiglobalizzata. L’impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2014, n. 1, , p. 39, che riprende ed aggiorna lo ID., *Pubblico e privato nell’economia fine secolo*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo, Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995).

¹⁶ A seguito di fenomeni di “privatizzazione dei servizi pubblici” non segue anche quello della “privatizzazione del diritto amministrativo”: «il servizio continua ad essere disciplinato dalle regole precedenti ed anzi altre se ne aggiungono per garantire la soddisfazione degli utenti; nascono nuovi organismi pubblici dotati di poteri amministrativi penetranti» (G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell’attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, cit., p. 661).

¹⁷ Sul tema si tornerà in modo approfondito al cap. III.

¹⁸ Si rinvia al par. 2.2. del cap. III.

Talvolta il diritto privato viene invocato, invece, al fine di consentire una estensione dei principi¹⁹ che regolano i rapporti paritari anche al rapporto caratterizzato dall'esercizio del potere. Ed è qui che nasce il vero punto critico²⁰. Essi sono frequentemente richiamati, infatti, sia per muovere censure di "illiceità" del comportamento dell'amministrazione, ma anche per far valere la "illegittimità" stessa dell'esercizio del potere. Le clausole generali sono così sempre più collocate anche nella costruzione della fattispecie attributiva del potere, come regole idonee a regolare l'esercizio dello stesso, integrando il precetto esplicito della legge; ne deriva che la loro violazione è riconducibile nella categoria dell'eccesso di potere²¹.

¹⁹ Il primo principio che viene in rilievo in questo contesto è sicuramente quello della responsabilità (sul tema ci si limita a rinviare, nella sterminata produzione scientifica, a R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2003, p. 68; F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2012, p. 531), la cui applicazione anche all'amministrazione ha costituito uno dei più importanti traguardi del potere giuridicizzato. Ma oltre ad esso, il discorso si ripropone per molti altri, basti pensare allo stesso principio di concorrenza, cui anche l'amministrazione deve essere tenuta. Talvolta essi sono riconducibili non tanto a regole di diritto privato quanto, più correttamente, alla più ampia categoria delle c.d. clausole generali o dei principi generali del diritto (cfr., tra i tanti, gli storici studi di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 8; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 29; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 4, p. 733; P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, 1; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, 539 e ss.), come il caso dell'equità, della proporzionalità, all'uguaglianza.

²⁰ Sul ruolo delle clausole generali e dei principi nel diritto amministrativo v. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; ID., *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 41; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993, 286; ID., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; ID., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1211; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sul potere privato a confronto*, Napoli, 2012; A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. It.*, 2012, 5; L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, 5; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2013, n. 3, p. 309.

²¹ V., in particolare, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

Un ostacolo concettuale “primordiale” ad un simile richiamo al diritto privato è allora nello stesso principio di legalità dell’amministrazione, che, per quanto intesa in senso sostanziale, “stride” con un precetto normativo così indeterminato²².

Il legittimo affidamento si colloca in questa dimensione e, in particolare, riguarda l’applicabilità anche all’amministrazione della buona fede c.d. oggettiva, detta anche più semplicemente “obbligo di correttezza”. Anche in questo caso, si vedrà come il principio oscilla sui due piani, quello della decisione discrezionale amministrativa, momento tutto interno all’esercizio del potere e rilevante sotto il profilo della legittimità, e quello del comportamento illecito dell’amministrazione, suscettibile di generare una responsabilità del soggetto pubblico a prescindere dalla legittimità della sua azione.

2. L’affidamento nella tradizione giuridica: dal diritto romano agli studi sulla volontà del negozio giuridico

La nozione di “affidamento” assume un significato giuridico compiuto nei rapporti “paritari” ben prima che nel diritto amministrativo, con una storia che ha inizio fin dal diritto romano. Nel diritto privato è infatti possibile individuare due binari paralleli sui quali una nozione giuridica di affidamento “corre”: la buona fede soggettiva e quella oggettiva.

La distinzione è frutto della elaborazione dottrinale più moderna, mentre per molto tempo le due nozioni si sono intersecate, se non addirittura unite²³.

²² Sui profili critici di questo uso indiscriminato delle clausole generali nell’eccesso di potere, cfr. F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2011, fasc. 4, p. 741: «Paradigmatico è il caso del principio di buona fede, principio cardine di tutti gli ordinamenti a diritto romano comune, piegato nel “trattato sanmarinese”, apparentemente riferito al diritto amministrativo italiano, a giustificare disparate ipotesi di eccesso di potere che solo attraverso generosi voli pindarici possono essere ricondotte a violazioni di un asserito principio di buona fede, come del resto facilmente verificabile anche attraverso sommarie rassegne di giurisprudenza. (...) Ma come sovente accade nelle eresie italiane non è mancata la ricomparsa degli “antitrinitari”. I tre vizi canonici dell’atto amministrativo, l’incompetenza, la violazione di legge e l’eccesso di potere, sarebbero riducibili ad un unico vizio, l’illegittimità, a sua volta riconducibile alla illiceità, cioè alla violazione di una norma regolante il rapporto fra cittadini e pubblica amministrazione che, essendo paritario, non avrebbe più bisogno della “tutela” del principio di legalità. Una via per giungere alle stesse conclusioni di cui in precedenza: ritornare all’uso del diritto privato e alla sostituzione del giudice ordinario al giudice amministrativo».

Fin dal diritto romano²⁴ maturò nella scienza giuridica il concetto di *fides*, intesa come regola volta a limitare l'esercizio del potere di una delle parti dell'obbligazione. In particolare, in origine la *fides* trovava applicazione sia nell'ambito di rapporti tra singoli che tra popoli diversi, in posizione di disuguaglianza, ossia in cui uno dei due soggetti era in una posizione di minorità rispetto all'altro perché soggetto ad un suo potere di disposizione: il sottomesso invocava il principio della *fides* affinché il suddetto potere non fosse esercitato in modo eccessivamente oneroso (il richiamo era alla fede e alla buona volontà del vincitore, in nome di superiori principi etici o religiosi)²⁵. Successivamente, la *fides* cominciò ad essere rilevante anche nei rapporti paritari, costituendo un elemento necessario delle obbligazioni²⁶.

²³ Non mancano in dottrina autori che hanno unificato le due nozioni. I due concetti di buona fede oggettiva e soggettiva sembrano potersi accumunare in particolare nella ricostruzione del principio di affidamento di V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, per il quale esso si lega al più ampio principio dell'equo pareggiamento degli interessi, alla luce del quale gli strumenti formali predisposti a regolare l'attività contrattuale delle parti sono applicati e interpretati in maniera tale da garantire un risultato sostanzialmente conforme a giustizia (ID., *cit.*, p. 114). L'autore individua così un principio di affidamento in senso stretto, che si manifesta nella regola di riconoscibilità e nelle altre disposizioni che danno rilievo alla buona fede; un principio di affidamento in senso ampio, che non si realizza in precise norme tecniche ma si manifesta indirettamente come la ragione di una diminuita percezione del volere (è il caso della disciplina dell'errore ostativo); ancora un principio in senso ampio quello che si manifesta nell'esigenza di una giustizia non formale ma sostanziale (ID., *cit.*, p. 170). Anche secondo S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 677 ss. «quando, acutamente, si accoglie una visione unitaria della buona fede, «intesa in senso oggettivo, dell'agire sleale o scorretto in danno di altri» sembra si individui con esattezza il criterio di rilevanza giuridica di un comportamento in senso lato (comprensivo quindi di dichiarazioni e di altri atti a contenuto psicologico). I cosiddetti fatti volitivi, intellettivi, psicologici o altro in cui si sostanzierebbe la buona o mala fede, a prescindere dalle innumerevoli controversie e dalla varietà delle concezioni nella storia del diritto, arrivano alla considerazione della norma - statuale - già «filtrati» attraverso la considerazione di una altra normativa i cui principi sono unitariamente concepibili e che può denominarsi normativa di correttezza». Per altre ricostruzioni dottrinarie che associamo la buona fede soggettiva ed oggettiva cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953.

²⁴ Sulla tema, *ex multis*, v. G. GROSSO, *Buona fede (in diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Napoli, 1959, p. 661-664.

²⁵ Lo ricorda F. MANGANARO, *Principio di buona fede ed attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, p. 14, al quale si rinvia per l'indicazioni delle fonti in materia.

²⁶ *Ibidem*.

Paradossalmente²⁷, la buona fede nasce, dunque, come una regola dei rapporti di disequaglianza ed asimmetrici, per estendersi, solo in un secondo momento, a quelli rapporti paritari.

Si è così gradualmente consolidata nella tradizione giuridica la teoria della buona fede oggettiva o correttezza²⁸, come regola di comportamento contrattuale, che integra la disciplina negoziale prevista dalle parti, svolgendo una funzione “equilibratrice”²⁹, di metro oggettivo di valutazione, a posteriori, di un determinato comportamento o atto. La regola è positivizzata dallo stesso Codice civile, che a più riprese ne fa menzione³⁰.

In virtù di tale richiamo, gli obblighi comportamentali gravanti sulle parti contrattuali³¹ sono oggi particolarmente ricchi³² e possono stigmatizzarsi nel dovere di «comportarsi in modo da non pregiudicare, e anzi salvaguardare l’interesse di

²⁷ Il paradosso è dato dal fatto che, come si vedrà, il problema che oggi si pone è proprio l’opposto, quello dell’applicazione di una regola oramai divenuta parte delle relazioni giuridiche tra pari anche al rapporto amministrativo, quindi ad una relazione per natura asimmetrica.

²⁸ Tra i contributi sulla buona fede oggettiva e correttezza ci si limita a ricordare U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958; ID., *L’attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 1961, I, 157; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, edito nuovamente nel 2004; M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, I, 205.

²⁹ In questo senso S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, anno V, 4, 1987, p. 733. che in tal senso specifica che la stessa clausola «non si pone all’esterno della regolamentazione contrattuale, come limite ad eventuali abusi dei poteri che essa conferisce», ma «è invece, la misura dei poteri legittimanti esercitabili».

³⁰ «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza» (art. 1175 c.c.); «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede» (art. 1375 c.c.); «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede» (art. 1337 c.c.). La sede in cui viene in rilievo, per eccellenza, è dunque quella della responsabilità precontrattuale.

³¹ La correttezza grava su entrambe le parti perché l’art. 1175 c.c. ha una «funzione determinante sia rispetto all’esercizio del diritto, che all’adempimento dell’obbligo: essa riguarda il *come* dell’uno e dell’altro, quell’aspetto, cioè, che sia per l’uno che per l’altro, non è determinabile *a priori*, ma che necessariamente si specifica in relazione alle circostanze del caso concreto» (U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, cit., p. 162).

³² Essi vanno da quello di ciascuna di cooperare con l’altra, per consentirle di adempiere, al divieto di trattare la stessa in modo ingiustamente discriminatorio (rispetto ad altre controparti in circostanze analoghe); da quello di prestarsi per correggere errori o chiarire equivoci, al divieto di esercitare i propri diritti contrattuali in modo formalmente lecito ma sostanzialmente sleale e dannoso per controparte (il c.d. abuso del diritto contrattuale) (cfr. V. ROPPO, *cit.*, p. 469).

controparte, quando ciò non comporti a suo carico nessun apprezzabile e ingiusto sacrificio»³³. Risuona, dunque, l'antico brocardo latino "*non omne quod licet honestum est*": un comportamento può risultare al contempo astrattamente conforme ad uno specifico diritto soggettivo, di cui è esplicazione, e tuttavia contrario, per le modalità concrete in cui si realizza, al diritto oggettivamente inteso.

Quanto fin qui ricordato vale anche al di là del sinallagma contrattuale, per estendersi dapprima alla più ampia accezione di obbligazione³⁴, quindi, oltre i singoli istituti codicistici, come clausola comportamentale idonea ad abbracciare ogni interrelazione giuridica che in esso si svolge all'intero ordinamento³⁵. La buona fede oggettiva comporta un fenomeno di eteronormazione³⁶ di tutti i rapporti giuridici: è la clausola generale per eccellenza³⁷ dell'ordinamento giuridico e fa emergere, con la

³³ V. ROPPO, *cit.*, p. 469.

³⁴ Sul tema si rimanda, *ex multis*, alle ampie e puntuali riflessioni di U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, *cit.*, p. 160 e ss., il quale, tra le numerose osservazioni, sottolinea come gli artt. 1175 e 1375 esprimano, sia pure con termini diversi, un principio generale di correttezza, giungendo così alla conclusione dell'applicabilità del criterio di buona fede anche all'attuazione dei rapporti di buona fede di origine non contrattuale. In questo senso è ormai chiara anche la giurisprudenza per cui «il generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è un'espressione, svolge una funzione integrativa dell'obbligazione, assunta dal debitore, quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese, avendo ciascuna delle parti contrattuali il dovere di tutelare l'utilità e gli interessi dell'altra, nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio di altri valori» (Cass., sez. I, 15 ottobre 2012, n. 17642).

³⁵ Rimangono invece escluse dall'ambito di operatività delle clausole generali materie come la quella penale: «deve recisamente escludersi una loro rilevanza in tutti i casi relativi alle libertà civili, nelle quali, sancita nel testo costituzionale la distinzione dai rapporti economici, si sostanzia ormai la difesa delle ragioni più profonde dell'individuo», perché per esse «la cristallizzazione in formule giuridiche rigide è il destino più desiderabile» (C. CASTRONOVO, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 89).

³⁶ Sul concetto di eterointegrazione della legge scriveva Carnelutti «le lacune della legge si colmano, anziché con la legge stessa, con un comando di fonte diversa; a tal fine l'ordinamento giuridico contiene uno o più comandi strumentali quali commettono a uno o più organi dello Stato il compito di formare il comando per la composizione del conflitto non previsto»; «l'eterointegrazione del giudice mette capo all'intervento del giudice mediante il *processo dispositivo* (corsivo dell'autore)» (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 90 e ss.).

³⁷ «La buona fede è la clausola generale per eccellenza, caratterizzata specialmente dalla capacità di resistere a qualsiasi cambiamento di regime, a qualsiasi ribaltamento di valori sociali. Il perché di tanto successo può essere spiegato considerando che essa si colloca sul crinale che corre tra autonomia ed eteronomia, e individua per linee sinuose e talora difficili da cogliere e da percorrere quella che potremmo chiamare eteronomia non autoritaria, indicativa di un intervento anche incisivo sul contratto, intervento che, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perché si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica. E i valori sociali, una volta divenuti tali,

plasticità tipica delle clausole generali, valvole di “sfogo” del sistema giuridico, interessi altrimenti non apprezzabili con un sindacato improntato al mero formalismo³⁸.

Ebbene, è in relazione a questa nozione di buona fede che si lega una prima accezione di “affidamento”. La buona fede, tra i vari comportamenti che è idonea a giustificare, impone a ciascun soggetto di agire in modo coerente, ossia di non assumere un successivo comportamento che sia contraddittorio con quello antecedente. Per queste ragioni, colui che abbia riposto la sua fiducia su un comportamento altrui ha un’aspettativa di coerenza del comportamento successivo di quello stesso soggetto. Tale aspettativa è una situazione giuridica soggettiva autonoma detta “affidamento”, che, proprio grazie alla buona fede, è meritevole di rilievo giuridico³⁹.

Sempre nello stesso diritto romano, a fronte alla *bona fides* come criterio normativo di comportamento, che ha modellato tutto un complesso di rapporti obbligatori, si è sviluppato anche un concetto soggettivo della *fides*, che è possibile riscontrare in molti dei tipici istituti del possesso di buona fede, della buona fede per l'usucapione, del *liber homo bona fide serviens*⁴⁰. Il cuore di questa nozione è costituito dalla convinzione di non ledere diritti altrui, non commettere torto, ed implica, quindi, stati di errore o ignoranza⁴¹.

prescindono per definizione dalla dimensione impositiva» (C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, anno IV, n. 1, p. 21).

³⁸ Con particolare riferimento alla buona fede si è sottolineato come il “governo della discrezionalità” delle parti, che sfocia in un controllo del potere privato, richieda, per il suo esercizio, «un riferimento a valori che possono non essere stati tenuti presenti dai privati: non però nel senso che, per tale via, si dà rilevanza all’inespresso delle parti, bensì nel diverso significato della interferenza con le valutazioni private di valori desumibili dallo stesso ordinamento (attraverso i principi) o espressivi di tendenze od posizioni esistenti nella società»; «il contratto viene così ad essere, eventualmente, punto di incidenza di diversi ordini di valutazioni, perfino configgenti con quelle tenute presenti dalle parti, sì che il criterio di risoluzione di eventuali conflitti può essere costituito con riferimento a considerazioni di opportunità sociale» (S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 730)

³⁹ Tale nozione di affidamento come aspettativa di coerenza fondata sulla buona fede è dovuta a F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 127 e ss. che a sua volta fa rinvio agli spunti ricostruttivi di altra dottrina, tra cui ci si limita a ricordare C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riferimento ai contratti*, Padova, 1938.

⁴⁰ Per un approfondimento v. G. GROSSO, *Buona fede (in diritto romano)*, cit.

⁴¹ *Ibidem*.

I romanisti hanno, dunque, conosciuto anche quella che oggi definiamo la buona fede soggettiva, oscillando tra *fides bona* come criterio etico e normativo e come concetto psicologico⁴².

Storicamente, la rilevanza dell'erronea opinione individuale e dell'apparenza fu tuttavia modesta nel diritto romano, così come in seguito nel diritto comune⁴³.

Il tema non ebbe poi particolare rilievo nel diritto naturale, per cui ogni soggetto è sovrano nella sfera dei suoi diritti soggettivi: da un canto nessun terzo può disporre efficacemente di tali diritti; dall'altro, nessuno può essere vincolato se non in virtù di un libero atto di volontà, essendo quest'ultima elemento essenziale dell'atto giuridico⁴⁴.

Su questo filone di studi, si sono invece innestati, fra ottocento e novecento, gli importanti studi sulla volontà nel negozio giuridico, che ebbero note ripercussioni anche sul BGB germanico⁴⁵. In questo periodo, la dottrina si interrogò in particolare sul ruolo della volontà nell'ambito del negozio giuridico, in quel fondamentale transito da una concezione prevalentemente soggettiva ad una oggettiva del

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Cfr. R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. I, 1958, p. 661 ss. La nozione di buona fede soggettiva ha avuto, invece, ampio sviluppo nel diritto canonico, sul quale si rinvia a L. SCAVO LOMBARDO, *Buona fede (dir. can.)*, in *Enc. dir.*, V, 1959, p. 664 ss che ricorda come il principio della buona fede svolga il suo ruolo predominante sul piano della coscienza personale e dei suoi rapporti con la legge morale nella sua obiettività e «sia veramente il ponte sul quale s'incontrano la morale e la coscienza personale, l'oggettivo e il soggettivo, affinché l'individuo cosciente s'inserisca nella realtà nel pieno esercizio e possesso della sua particolarissima natura di essere spirituale».

⁴⁴ Strettamente legato a tale concezione il code Napoléon, che affermava rigidamente il dogma della volontà (salvo qualche rara eccezione) (R. SACCO, voce *Affidamento*, *cit.*)

⁴⁵ Il BGB germanico, del 1900, si svincolò apertamente dal dogma della volontà, affermando sia che la dichiarazione negoziale è efficace, anche quando non corrisponde alla volontà interna del dichiarante, se il destinatario non ha potuto sapere che la dichiarazione non corrisponde alla volontà; sia che un atto di disposizione proveniente dal non titolare del diritto di cui si dispone è efficace se l'alienante risulta titolare in virtù degli indici di pubblicità, a meno che l'acquirente dovesse conoscere l'effettiva situazione. Il codice civile italiano del 1865 rimase sostanzialmente fedele al diritto naturale e ai suoi canoni, introducendo tuttavia qualche deroga ulteriore rispetto al modello napoleonico. Tale tendenza fu rafforzata da singole legge successive e dalla dottrina che, anche subendo l'influsso di quella tedesca, avvertiva sempre di più l'esigenza di superare la teoria della volontà. Si giunse così alla formulazione di un principio generale secondo cui tutte le volte che un soggetto crea per fatto proprio un'apparenza giuridica a sé sfavorevole non può opporre il vero stato di fatto e di diritto, difforme dall'apparenza, al terzo che abbia confidato nell'apparenza ingannevole. Questa era la situazione quando il legislatore italiano si accinse alla redazione del nuovo codice del 1942, nella quale la posizione dell'affidamento è rinvenibile in numerosissime ipotesi, mal coordinate tuttavia l'una con l'altra (per queste ed ulteriori considerazioni dell'evoluzione storica del principio cfr. R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. I, 1958, p. 661 ss).

contratto⁴⁶. I sostenitori della teoria “della volontà”⁴⁷ ritenevano che il negozio giuridico costituisse il mezzo tecnico attraverso il quale il soggetto dà coscientemente l’impulso causale, decisivo per la produzione di effetti giuridici, mentre l’ordinamento si limiterebbe a prender atto della sovranità del volere individuale; la volontà la farebbe così da padrona e nel caso di divergenza tra questa e la dichiarazione sarebbe la prima a prevalere. I sostenitori della teoria “della dichiarazione”⁴⁸, viceversa, sostenevano il valore della dichiarazione così come percepita dalla controparte a prescindere da quello che il dichiarante avrebbe voluto ma non ha espresso⁴⁹.

E’ in questo frangente che matura la “teoria dell’affidamento”, che pur non rinnegando il ruolo della volontà, riconosce una portata precettiva limitata alla dichiarazione, ossia nei confini in cui essa non vada a ledere l’affidamento del destinatario⁵⁰.

Parte della dottrina ritiene che quello che qui viene in rilievo come affidamento sia una situazione del tutto diversa dall’affidamento come posizione giuridica

⁴⁶ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 37.

⁴⁷ Il secolo XIX vide l’*exploit* del «dogma della volontà» e la causa di tale credo nel suo ruolo totalizzante va ricercata nell’influsso delle dottrine giusnaturalistiche, insieme con l’insegnamento della «scuola storica». Esaltare la volontà dell’individuo significava infatti esaltare la libertà individuale ed il ruolo della persona, a prescindere dallo status sociale. Cfr. V. ROPPO, *cit.*, p. 38.

⁴⁸ Anche la crisi della teoria soggettiva del contratto, così come la sua nascita, si lega alla realtà sociale del tempo, nella specie all’evoluzione della società e dell’economia ed al passaggio ad un mercato capitalistico più maturo. Se in fase di capitalismo nascente «era essenziale che gli “spiriti animali” dell’iniziativa economica si scatenassero nella loro travolgente soggettività», in fase di capitalismo avanzato diventa invece importante la certezza delle relazioni giuridico-economiche (cfr. V. ROPPO, *cit.*, p. 39).

⁴⁹ La concezione oggettiva del contratto ha portato la nascita di ulteriori teorie oltre a quella della dichiarazione sopra citata. Nell’impossibilità di una disamina esaustiva si ricorda in particolare la c.d. teoria “precettiva”, sviluppatasi in Italia verso la metà del novecento, che pone l’accento sull’autoregolamentazione degli interessi delle parti come essenza del contratto (a discapito della volontà) e la, ancora più estrema, teoria “dei rapporti contrattuali di fatto”, per cui un rapporto contrattuale può costituirsi fra due parti anche in assenza di loro manifestazioni di volontà contrattuale in forza del contatto sociale stabilitosi tra esse (cfr. V. ROPPO, *cit.*, p. 39).

⁵⁰ In questa teoria «si pone, cioè, a carico di chi risente le conseguenze di una manifestazione negoziale l’onere di apprendere e valutarla con diligenza, ma una volta che a tale onere di diligenza si sia adempiuto, si assicura tutela contro le difformità che eventualmente sussistano tra quanto è stato reso percepibile e quanto sia, invece, effettivamente voluto», ed «il rischio della difformità non percepibile è posto a carico dell’agente» (G. MIRABELLI, voce *Negozio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978).

soggettiva speculare alla correttezza⁵¹. Essa è infatti una situazione psicologica del soggetto agente, che può essere di ignoranza, errore, o comunque di non colpevolezza e che può assumere valenza giuridica solo nei casi in cui è ritenuta meritevole dall'ordinamento, quindi solo nei casi tassativamente indicati e non come principio generale⁵². Ritorna, quindi, la nozione di affidamento ma specularmente a quella che potremmo definire buona fede "soggettiva", di stampo romanistico, trattandosi di indagare sulla volontà psichica del soggetto agente.

Secondo altra, altrettanto autorevole, dottrina, invece, anche dalla summenzionata teoria è possibile dedurre un più generale principio di affidamento in senso ampiamente equitativo o di giustizia sostanziale, come principio secondo il quale il giudizio sulla esistenza, sulla portata e sulla validità del contratto non deve obbedire tanto a una valutazione formale della sussistenza o non sussistenza di un certo elemento concettuale della fattispecie, quanto, piuttosto, a una valutazione di buona fede in senso ampio sul contegno delle parti, sul modo in cui ognuna ha cercato di realizzare il proprio interesse⁵³. La teoria dell'affidamento formatasi dagli studi sulla volontà del negozio giuridico potrebbe essere quindi ricondotta alla buona fede oggettiva.

Il tema si lega, infine, anche a quello dell'apparenza che tuttavia, come acuta dottrina ha sottolineato, non va con esso confuso⁵⁴.

⁵¹ Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 138 per cui «l'affidamento che si riconnette alla buona fede oggettiva non è (...) interscambiabile con la buona fede soggettiva».

⁵² «La tutela della buona fede oggettiva è possibile soltanto quando una norma legislativa prevede una deroga espressa a quelle che sarebbero le conseguenze logiche della normativa generale» (F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 138).

⁵³ Cfr. in questo senso V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 82 e ss., il quale ricorda che «accogliere il principio di affidamento non significa solamente propugnare un principio di tutela della buona fede di colui che riceve la dichiarazione negoziale», perché altrimenti «si finirebbe per introdurre una soluzione unilaterale di quella volontaristica», mentre «la maggiore bontà del principio del legittimo affidamento appare proprio in ciò, che essa consenta di tutelare equamente entrambe le parti in conflitto». Appare quindi giustificato, secondo l'autore, «parlare di un principio di affidamento in senso ampiamente equitativo o di giustizia sostanziale, come del principio secondo il quale il giudizio sulla esistenza, sulla portata e sulla validità del contratto non deve obbedire tanto a una valutazione formale della sussistenza o non sussistenza di un certo elemento concettuale della fattispecie, quanto piuttosto, in ultima analisi a una valutazione di buona fede in senso ampio sul contegno delle parti, sul modo in cui ognuna ha cercato di realizzare il proprio interesse».

⁵⁴ La nozione di affidamento richiama infatti anche la tematica della "apparenza" del diritto, nella quale un fenomeno (materialmente presente e immediatamente reale) manifesta un altro fenomeno (né materialmente presente né immediatamente reale); mentre la situazione manifestante può essere

3. La dimensione “pubblicistica” del legittimo affidamento: la parabola del “principio del legittimo affidamento” dall’ordinamento tedesco a quello comunitario

3.1 Un movimento circolare

La dimensione “pubblicistica” dell’affidamento configura lo stesso in un’ottica diversa da quella finora considerata. Quando si evoca il principio del legittimo affidamento nel diritto amministrativo si fa tendenzialmente riferimento all’obbligo per la pubblica amministrazione di valutare le legittime aspettative di colui che è destinatario dell’azione amministrativa quando la stessa ritenga opportuno esercitare, nuovamente, il potere amministrativo con un provvedimento di secondo grado che va ad incidere in senso negativo sulla precedente attribuzione di un vantaggio⁵⁵.

costituita da un qualsiasi fatto, la situazione manifestata - che appare, ma non è reale - è costituita di necessità da una situazione giuridica: normalmente dalla titolarità di un diritto soggettivo (A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 694). La dottrina ha tuttavia evidenziato l’equivocità del riferimento al fenomeno di apparenza in relazione al problema dei rapporti tra volontà e dichiarazione, specie con riguardo ai terzi, poiché in tal caso l’apparenza riguarderebbe la volontà, non una situazione giuridica, nonché un elemento costitutivo, invece che un presupposto di efficacia dell’atto: «Da alcuni si è tentato di definire il problema dei rapporti tra volontà e dichiarazione, specie con riguardo ai terzi, appunto, come fenomeno di apparenza e si è affermato che l’apparenza si insinua spontaneamente nel dissidio fra volontà e dichiarazione. L’equivoco è alimentato dalla concezione che propone di spiegare il negozio giuridico in termini di affidamento, dato che l’apparenza si considera un caso esemplare di tutela della buona fede dei terzi. Non interessa qui eccepire come nell’ipotesi in discussione la realtà manifestata non sia una situazione giuridica, sibbene un fatto psichico, la volontà: mentre l’apparenza è sempre apparenza di diritto, cioè apparenza di una situazione giuridica; e neppure che l’apparenza - come meglio vedremo più avanti - può riguardar solo un presupposto di efficacia dell’atto o negozio e non un elemento costitutivo. Interessa invece chiarire che la dichiarazione non è indice di realtà e quindi non può ad essa farsi richiamo per giustificare il convincimento della esistenza della volontà che ne dovrebbe rappresentare il contenuto» (A. FALZEA, *cit.*, 694).

⁵⁵ In questo senso M.T. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 159, per cui «l’istituto del legittimo affidamento si configura nel diritto amministrativo come un limite alle scelte discrezionali dell’amministrazione, tenuta a valutare, soprattutto nella ponderazione degli interessi che sta alla base del provvedimento di secondo grado, le legittime aspettative del cittadino in ordine alla stabilità dell’assetto degli interessi in gioco che era stato prodotto quale effetto neutro del provvedimento oggetto di autotutela; esso presuppone, dunque, che un vantaggio attribuito da un provvedimento amministrativo abbia determinato un certo grado di stabilità nella sfera giuridica del destinatario».

La tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo è dunque configurata nella visuale comune come un limite alla discrezionalità amministrativa: l'aspettativa del privato è, e deve necessariamente essere, uno di quegli interessi privati secondari da ponderare nell'esercizio della scelta su quale sia la "cura" più opportuna dell'interesse pubblico⁵⁶.

L'emersione di questo principio nel novero di quelli che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo ha avuto una consacrazione positiva solo a seguito dell'elaborazione della Corte di Giustizia europea la quale, come spesso accade per i principi comunitari⁵⁷, ha percorso una strada già intrapresa da uno degli Stati membri e l'ha fatta propria, per poi "stimolarne" l'assorbimento anche negli altri.

In questo caso, questo movimento circolare ha avuto inizio nell'ordinamento tedesco, che può considerarsi la culla per eccellenza del legittimo affidamento, e per il tramite dell'ordinamento comunitario è "ricaduto" nel sistema giuridico degli altri Stati europei.

3.2 L'origine tedesca

In Germania il principio del legittimo affidamento si è sviluppato in particolare negli anni successivi alla seconda guerra mondiale⁵⁸. I motivi di questa origine

⁵⁶ «Se la scelta è il risultato della discrezionalità, questa consta di una *ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario* (corsivo dell'autore). Gli interessi secondari da ponderare sono pubblici, collettivi e privati e non devono essere necessariamente tutelati dall'ordinamento; basta che esistano di fatto; l'interesse primario è sempre un interesse pubblico» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, p. 481).

⁵⁷ Si pensi per esempio al principio di precauzione, tipico della materia ambientale, che si è venuto affermando per la prima volta nell'ordinamento tedesco come criterio che determina le misure da adottare anche in presenza di situazioni in cui è solo ipotizzabile una situazione di rischio, sebbene non sia dimostrata, allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, la sicura o anche solo probabile evoluzione del rischio in pericolo (cfr. S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, p. 92; sul tema v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005).

⁵⁸ Merita tuttavia di essere precisato che l'idea della protezione del legittimo affidamento si manifesta timidamente già sotto la Repubblica di Weimar negli anni venti ed anche in Svizzera, dove la Corte federale, già nel 1930, pronuncia il criterio del bilanciamento in sede di annullamento di un atto amministrativo (BGE 56 I 194 del 12 giugno 1930).

sarebbero da ricollegare al fatto che la Nazione tedesca fu caratterizzata, in quel frangente storico, da un intervento particolarmente ampio dello Stato nell'economia. Da ciò derivò un nuovo modo di intendere i rapporti tra Stato e cittadino, segnato da una più forte dipendenza del secondo nei confronti del primo: il cittadino ha bisogno, per poter esplicare la sua autonomia e la sua libera iniziativa, della prevedibilità del comportamento dello Stato.

Questi fattori avrebbero così costituito l'*humus* per il maturare degli studi sulla necessità di difendere le posizioni giuridiche del cittadino di fronte allo Stato e, in particolare, di quelli volti ad assicurare il rispetto delle sue "aspettative" nei confronti di un organo dello stesso, sia che si tratti del legislatore, dell'amministrazione o di una giurisdizione⁵⁹. Il fondamento della teoria del legittimo affidamento è la sicurezza giuridica⁶⁰.

Significativamente, il principio prende piede proprio nelle aule dei tribunali amministrativi, al fine di limitare le possibilità di ritiro di atti dell'amministrazione favorevoli ai destinatari⁶¹. Fu poi ripreso dalla Corte Costituzionale federale⁶² e, di seguito, ebbe un'utilizzazione sempre più estesa grazie ad un copioso lavoro di elaborazione della dottrina⁶³.

⁵⁹ La crescita del ruolo dello Stato moderno, sempre più interventista e dispensatore di prestazioni, ha comportato un allargamento dei compiti dello Stato, modificando profondamente i suoi rapporti con il cittadino che è divenuto interlocutore diretto del secondo. (cfr. R. F. STICH, *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*, Diss. Mainz, 1954, 19).

⁶⁰ Sul tema si tornerà in modo approfondito al par. 6 di questo capitolo.

⁶¹ La decisione pioniera è generalmente individuata nella sentenza del Tribunale Amministrativo superiore di Berlino del 14 novembre 1956, confermata dalla Corte amministrativa federale il 28 ottobre 1959.

⁶² Ci si limita a ricordare la decisione della Corte costituzionale federale del 2 febbraio 1978, particolarmente significativa perché la Corte afferma che la necessità che il principio del legittimo affidamento sia necessariamente tenuto in conto dall'amministrazione, nell'esercizio del suo potere discrezionale, sia una regola derivante dallo stesso Stato di diritto.

⁶³ E' possibile individuare degli studi monografici tedeschi sul principio già dagli anni '70, ma esso trova il suo massimo apice negli anni settanta, quando la discussione scientifica è fortemente influenzata e stimolata da alcune esposizioni sulla protezione del legittimo affidamento nel diritto amministrativo, presentate in occasione del congresso dei Professori di diritto pubblico del 1973 (G. KISKER - G. PÜTTNER, *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin/New York, 1974). Per un'analisi delle dottrine tedesche cfr., *ex multis*, B. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Basel u. Frankfurt, 1983.

Il principio del legittimo affidamento si comincia a configurare, pertanto, come un meccanismo di difesa del privato che in buona fede abbia confidato nel comportamento di un organo pubblico e nel mantenimento della linea di condotta così stabilita. Esso impone al soggetto pubblico di non tradire questa fiducia, modificando la suddetta linea di condotta, se non al ricorrere di specifiche circostanze. Dall'amministrazione il principio si estende poi al legislatore.

Per quanto riguarda il potere amministrativo, gli indirizzi formulati dalla giurisprudenza si sono ormai tradotti in norme di legge. Ad oggi alcuni articoli della legge sul procedimento amministrativo del 1976⁶⁴ disciplinano espressamente i limiti e le modalità con cui l'annullamento d'ufficio può essere disposto, nonché le forme con cui il corrispettivo affidamento del privato può essere tutelato.

In tali disposizioni si opera una prima distinzione essenziale tra atto amministrativo viziato o legittimo⁶⁵. Nel primo caso, la disposizione di riferimento è il par. 48, che dispone la regola generale per cui nel caso di annullamento d'ufficio di un atto illegittimo, se questo non ha accordato alcun beneficio all'interessato, l'atto è ritirabile senza limiti: non vi è, infatti, alcun affidamento se il provvedimento non è ampliativo della sfera giuridica del privato. Se invece l'atto è illegittimo ma di tipo "ampliativo", ossia ha concesso un beneficio, affinché colui che ne è destinatario possa avere qualche forma di tutela, gioca un ruolo essenziale il tipo di provvedimento considerato e il fatto che il beneficiario abbia consumato o meno le prestazioni accordate. Tenuto conto di tali elementi, l'amministrazione è chiamata ad un bilanciamento tra l'affidamento e l'interesse generale perseguito con il ritiro dell'atto, il cui esito può essere, nella migliore delle ipotesi per il privato, la "prevalenza" dell'affidamento, cui segue la non annullabilità del provvedimento e la conseguente possibilità di mantenere intatta la posizione assunta sulla base dell'affidamento; oppure, viceversa, il ritiro del provvedimento unitamente a delle

⁶⁴ *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 25 maggio 1976. La normativa in esame è piuttosto dettagliata ed analitica (cfr. D.U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo. Traduzione con testo a fronte e commento introduttivo*, Milano, 2002). Si consideri dunque la disamina seguente come esemplificativa e priva di esaustività di analisi di tutta la casistica contemplata dalla legge. Un testo aggiornato della legge può essere visibile sul sito *The Comparative Law Society* www.iuscomp.org (inglese) e sul sito www.bijus.eu (francese).

⁶⁵ Per un approfondimento v. L. DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, in V. Cerulli Irelli - L. De Lucia (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, p. 245.

forme di “compensazione” economica. Esistono limiti temporali, sia per la domanda di indennizzo che per l’annullamento, rispetto alla conoscenza dei fatti che li giustificano⁶⁶.

Nel caso invece dell’atto amministrativo legittimo, questo è caratterizzato da un maggior rigore perché la norma indica dei presupposti in presenza dei quali l’atto può essere ritirato, sia che sia di tipo ampliativo che non, così che il ritiro di un provvedimento legittimo, anche se su di esso non è maturato alcun affidamento, non è mai *ad nutum*. Quando si tratta poi di atto che oltre che legittimo abbia anche accordato un beneficio, queste cause giustificative sono “casi” puntualmente elencati dalla norma. Ciò nonostante alcune di esse sono espresse da formule piuttosto elastiche, idonee ad una certa flessibilità di valutazione⁶⁷. Questo significa che anche

⁶⁶ L’art. 48 prevede, al comma 1, la regola generale per cui l’atto può essere oggetto di annullamento totale o parziale, con effetto per il futuro o per il passato (tale scelta è rimessa alla discrezionalità dell’amministrazione). Al comma 2 si puntualizza tuttavia che qualora il suddetto provvedimento, benché illegittimo, accordi una prestazione pecuniaria *una tantum* o continuativa, oppure una prestazione di natura divisibile che ne costituisca il presupposto, non possa mai essere ritirato ove il beneficiario abbia fatto affidamento sull’esistenza del provvedimento e l’affidamento, messo in bilanciamento con l’interesse generale al ritiro dell’atto, risulti degno di tutela. La disposizione aggiunge tuttavia che l’affidamento è degno di protezione solo se il beneficiario ha consumato le prestazioni accordate o ha assunto una disposizione patrimoniale immodificabile o che non può modificare se non al prezzo di pregiudizi non tollerabili. Inoltre non può invocare l’affidamento quando ha ottenuto il rilascio dell’atto amministrativo con dolo, minaccia o corruzione o per indicazioni erranee o incomplete su un punto essenziale ovvero quando conosceva l’irregolarità dell’atto amministrativo o la ignorava negligenzemente (in questo caso l’atto non solo deve all’opposto essere ritirato ma anche via retroattiva).

Nei casi che non ricadono nel comma 2, il comma 3 impone all’autorità amministrativa di accordare un indennizzo qualora si presentino una serie di condizioni: anche qui ricorre *in primis* la formula per cui l’amministrazione deve, alla domanda dell’interessato, compensare il pregiudizio patrimoniale solo se l’affidamento sia meritevole di protezione, alla luce dei criteri sopra ricordati. E, da ultimo, si puntualizza che tale pregiudizio non deve essere compensato al di là dell’interesse che la persona interessata ha al mantenimento dell’atto amministrativo; l’ammontare viene fissato dall’autorità amministrativa. La domanda non può essere proposta oltre un anno decorrente da quando l’autorità amministrativa l’ha segnalato all’interessato.

Salvo eccezioni, anche l’amministrazione ha un termine per agire (comma 4): l’annullamento è più possibile solo entro un anno da quando l’amministrazione ha avuto conoscenza dei fatti che lo giustificano, meno che il beneficio non sia sorto da dolo o minaccia o corruzione del beneficiario.

⁶⁷ Passando all’analisi della diversa ipotesi in cui l’atto amministrativo è legittimo, la norma di riferimento, il par. 49, dispone al comma 1 che se il provvedimento non conferisce un beneficio, può essere revocato, in tutto o in parte, salvo il caso in cui dovrebbe essere nuovamente adottato un atto amministrativo del medesimo contenuto o se la revoca sia impossibile “per altri motivi”. Nel caso in cui invece l’atto accordi un vantaggio, il comma 2 dispone che esso non può essere rimosso completamente o in parte, con effetto per il futuro, se non al ricorrere di specifiche condizioni ivi elencate. Tra queste, il caso della revoca autorizzata dalla legge o dell’atto amministrativo che preveda una riserva di revoca; dell’atto amministrativo a pagamento ed il beneficiario non abbia pagato il prezzo. Ma anche, con una formula piuttosto ampia, “per prevenire o porre fine al danno grave per il bene della comunità”. Anche qui operano ulteriori limiti a seconda del tipo di prestazione accordata (comma 3) e meccanismi di indennizzo, limitati al caso in cui il provvedimento elargisca un beneficio

nel caso dell'atto legittimo sarà elevata la discrezionalità dell'autorità pubblica nel definire la "scelta" sull'affidamento.

In conclusione, la disciplina suddetta appare caratterizzarsi per due profili: quanto alla individuazione della meritevolezza o meno della tutela dell'affidamento, gioca un ruolo essenziale la ponderazione tra l'interesse pubblico all'autotutela e quello privato al mantenimento dell'atto in relazione al quale l'aspettativa è maturata; quanto invece alla tecnica di tutela, l'affidamento può risultare pienamente soddisfatto nell'impossibilità di annullare il provvedimento amministrativo, ma anche, a fronte di un ritiro legittimo del provvedimento, essere considerato meritevole di una compensazione tramite un indennizzo.

In conclusione, il legittimo affidamento in Germania trova ampia considerazione nell'esercizio dei poteri di autotutela ma è in grado di estendersi di là del diritto amministrativo, permeando l'intero ordinamento giuridico, al fine di soddisfare l'esigenza di sicurezza giuridica garantita dallo Stato di diritto⁶⁸.

3.3 La dimensione comunitaria del principio del legittimo affidamento

A livello comunitario⁶⁹, il principio del legittimo affidamento si è innestato a partire dalla storica sentenza *Algera* del 12 luglio 1957 ed ha da qui poi sviluppato i suoi copiosi rami. In questa decisione si stabilì per la prima volta che «un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal caso l'atto in parola fa sorgere

e solo ad alcune delle cause giustificative del ritiro; anche in tal caso vige il termine annuale di azione per l'amministrazione di cui sopra (comma 6).

⁶⁸ Cfr., tra i contributi monografici sul principio del legittimo affidamento ("Vertrauensschutzprinzip"): H.J. BLANKE, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 2000; K. A. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, Baden, 2002.

⁶⁹ Per un approfondimento del tema cfr. S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012 e D. CORLETTI, *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007; G. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, 375 ss.; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998, R. CARANTA, *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 417 ss.

un diritto soggettivo, la necessità di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'Amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola»⁷⁰.

A pochi anni di distanza la Corte precisò tuttavia che il principio della certezza del diritto, per quanto importante sia, non va applicato in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legalità: la decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto. Dunque, nella valutazione sulla revocabilità o meno del provvedimento, inizia a giocare un ruolo essenziale il criterio del confronto o del “bilanciamento” tra i vari interessi coinvolti: se una determinazione amministrativa può essere sempre revocata con effetti *ex nunc*, solo un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco può giustificare una revoca con effetti *ex tunc* (caso *S.N.U.P.A.T./Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio del 1961*)⁷¹.

Altra storica decisione è la sentenza *Topfer*⁷² del 1978, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che il principio del legittimo affidamento «fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario», con la conseguenza che la sua inosservanza costituirebbe una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione⁷³.

⁷⁰ Cfr. Corte di Giustizia, 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57, *Dineke Algera e a./Assemblea Comune della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, in <http://curia.europa.eu>.

⁷¹ Cfr. Corte di Giustizia, 22 marzo 1961, *S.N.U.P.A.T./Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, cause riunite 42/59 e 49/59, in *Racc. giur. C. giust.*, 1961, 99 ss.

⁷² Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa C-112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. contro Commissione delle Comunità europee*, in <http://curia.europa.eu>.

⁷³ All'affermazione importante di principio non segue tuttavia una tutela, né in termini di illegittimità dell'operato dell'amministrazione interessata, né avente carattere risarcitorio: sotto il primo profilo, l'aver la Commissione calcolato una certa compensazione su basi più favorevoli per la ricorrente «non poteva in alcun modo conferire alla ricorrente il diritto a veder mantenuti in vigore questi calcoli inesatti»; sotto il secondo, «nella fattispecie il comportamento della commissione è stato conforme alla disciplina in questione la quale, da parte sua, va considerata legittima» (Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa C-112/77, *cit.*).

Qualche anno dopo, con la sentenza *Dürbeck*, 5 maggio 1981, C-112/80, «il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali della Comunità»⁷⁴.

Della origine tedesca rimangono evidenti segni: *in primis* il legame con la certezza del diritto. Nella sentenza *Duff*, 15 febbraio 1996, causa C- 63/93, si afferma, a chiare lettere, che il principio «costituisce il corollario del principio della certezza del diritto, che esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario»⁷⁵.

Quindi, la forza espansiva del principio nell'intero ordinamento interessato: anche in ambito comunitario il legittimo affidamento ha una capacità operativa a

⁷⁴ Corte di Giustizia, 5 maggio 1981, C-112/80, *Firma Anton Dürbeck contro Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, in <http://curia.europa.eu>. La circostanza che il principio del legittimo affidamento sia dichiarato un principio fondamentale nell'ordinamento comunitario pur in assenza di una norma esplicita che lo disciplini, conferendogli piena legittimazione giuridica, non stupisce. Così come il problema non si pone negli ordinamenti afferenti al mondo anglosassone, nei quali la giurisprudenza e la scienza giuridica sono avvezzi, per così dire, a questo tipo di formazione "naturale" del diritto, ontologicamente legata ai sistemi di *common law*, così parimenti nell'ordinamento comunitario l'assenza di una base formale non costituisce da sempre alcun ostacolo al riconoscimento di un principio giuridico posto che è la giurisprudenza ad elaborare questi principi. Sono, all'opposto, rari i casi in cui puntuali norme regolano un principio (si pensi al principio di leale cooperazione, oggi disciplinato dall'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea, per cui l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati; oppure al principio di proporzionalità, oggi richiamato per il riparto di competenze dall'art. 5 del Trattato sull'unione europea, nonché oggetto di un apposito Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ma anche dall'art. 296 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per cui «qualora i trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità».

⁷⁵ Corte di Giustizia, 15 febbraio 1996, causa C- 63/93, *Fintan Duff, e altri c/ Minister for Agriculture and Food e Attorney General*, in <http://curia.europa.eu>. Alla Corte preme tuttavia sottolineare che ciò non può comportare di per sé che gli operatori economici si aspettino di non essere soggetti a restrizioni dovute ad eventuali regole adottate nel frattempo e rientranti nella politica di mercato o nella politica strutturale, ma il principio della tutela del legittimo affidamento può essere fatto valere nei confronti di una normativa comunitaria solo se la Comunità stessa ha precedentemente determinato una situazione tale da giustificare l'applicazione di questo principio. Ritorna quindi la regola per cui l'affidamento nasce da una precedente condotta idonea a suscitarlo e non in una mera aspettativa "oppositiva" all'esercizio di poteri restrittivi. Interessanti anche le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas, in cui costui sottolinea la differenza tra i due principi: «il principio della certezza del diritto richiede chiarezza e precisione delle norme giuridiche e delle singole discipline che vengono a formare, in un determinato momento, il quadro giuridico nel quale gli organi esercitano le loro competenze e i singoli svolgono la loro attività, mentre il principio del legittimo affidamento impone al legislatore comunitario e agli altri organi comunitari (o agli organi nazionali che operano per metter in atto il diritto comunitario) di esercitare, *nel corso del tempo*, le loro competenze in maniera tale da non ledere, in modo che non possa essere previsto da una persona diligente, situazioni e rapporti giuridici venuti in essere in virtù della normativa comunitaria».

maglie larghe, che impone non solo al legislatore comunitario e agli altri organi comunitari, sia per gli atti amministrativi che quelli di carattere legislativo⁷⁶, ma anche agli organi nazionali che operano per metter in atto il diritto comunitario⁷⁷, di esercitare le loro competenze in maniera tale da non ledere, senza che ciò possa essere previsto da una persona diligente, situazioni e rapporti giuridici venuti in essere in virtù della normativa comunitaria⁷⁸.

Non è poi facile individuare un *trend* costante nella cospicua casistica che la Corte ha prodotto, individuando un favore o meno dell'affidamento rispetto ad altri interessi. I giudici comunitari sono parsi infatti assumere atteggiamenti più o meno garantisti a seconda del caso considerato.

Così alla Corte preme *in primis* sottolineare che il principio della tutela del legittimo affidamento non può comportare che gli operatori economici si aspettino di non essere soggetti a restrizioni dovute ad eventuali regole adottate nel frattempo e rientranti nella politica di mercato o nella politica strutturale. L'affidamento nasce solo se vi è una precedente determinazione dell'amministrazione idonea a suscitarlo e non è una mera aspettativa "oppositiva" all'esercizio di poteri restrittivi. Il principio può dunque essere fatto valere nei confronti di una normativa comunitaria solo se la Comunità stessa ha precedentemente determinato una situazione tale da giustificare l'applicazione di questo principio⁷⁹.

Nella materia degli aiuti di stato, poi, in cui il legittimo affidamento viene in rilievo perché le imprese destinatarie dell'aiuto possono fare affidamento sulla

⁷⁶ La Corte ha ripetutamente affermato che il diritto di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento si estende a tutti i soggetti nei confronti dei quali un'istituzione comunitaria abbia fatto sorgere fondate aspettative. Cfr. Corte di Giustizia, 22 giugno 2006, in cause riunite C-182/03 e 217/03.

⁷⁷ Esso opera anche nei confronti degli stessi Stati membri nell'esercizio dei poteri che conferiscono loro le direttive comunitarie. Cfr. Corte di Giustizia, 3 dicembre 1998, *Belgocodex*, causa C 381/97 per cui «i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario e devono essere rispettati dagli Stati membri nell'esercizio dei poteri che conferiscono loro le direttive comunitarie», salvo poi aggiungere che «nelle circostanze specifiche del caso di specie, non spetta alla Corte ma al giudice nazionale valutare se una violazione di questi principi sia stata commessa con l'abolizione retroattiva di una legge il cui decreto di esecuzione non è mai stato adottato».

⁷⁸ Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas, presentate l'8 giugno 1995, nella causa della Corte di Giustizia, C 63/93.

⁷⁹ Cfr. sentenza *Duff* del 1986, *cit.*

regolarità dello stesso, non attendendosi che venga dichiarato illegittimo e recuperato, la Corte ritiene, in modo piuttosto rigoroso, che per poter invocare un legittimo affidamento alla conservazione della sovvenzione, al riparo dai poteri di autotutela, sia necessario che il beneficiario abbia assunto una condotta sufficientemente accorta: se avrebbe potuto avvedersi della possibilità di successivo ritiro dell'aiuto non può poi invocare tutela se questa evenienza effettivamente si verifici⁸⁰. Inoltre, si ammette la possibilità di recuperare l'aiuto anche ad una distanza di tempo che sarebbe eccessiva per la normale autotutela amministrativa⁸¹.

Quanto invece alla tutela dell'affidamento creato nei singoli dalla condotta delle istituzioni europee, la Corte, nel dover definire quale sia il comportamento idoneo a suscitare l'affidamento e chi possa effettivamente maturare una simile aspettativa, ha costantemente optato per un minor rigore, non ritenendo necessario alcun requisito di forma nell'esternazione dell'amministrazione e al contempo individuando in qualunque individuo il possibile "affidante": «il diritto di avvalersi della tutela del legittimo affidamento spetta a qualsiasi amministrato in capo al quale un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione abbia ingenerato aspettative fondate, fornendogli precise rassicurazioni», consistenti in «informazioni precise,

⁸⁰ Cfr. Corte di Giustizia, 22 giugno 2006, in cause riunite C-182/03 e 217/03 per cui «qualora un operatore economico prudente ed accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento comunitario idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio di tale principio nel caso in cui detto provvedimento venga adottato». La valutazione sulla diligenza del beneficiario viene dunque compiuta attraverso una verifica della conoscibilità da parte dell'operatore economico della perdita del beneficio, in considerazione della presenza di certo numero di elementi ed indici significativi, nonché di un tempo congruo a far maturare una simile consapevolezza. Il criterio di cui sopra è ripreso da numerose sentenze in materia di aiuti tra cui la sentenza del Tribunale (Sesta Sezione) del 13 settembre 2013, *Fri-El Acerra Srl* contro Commissione europea, causa T-551/10 e della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010, *Nuova Agricast e Cofra/Commissione*, C 67/09. Per una decisione in cui invece si è ritenuto effettivamente leso il principio del legittimo affidamento v. Corte di Giustizia, sentenza 24 novembre 1987, C-223/87 in cui è stata ritenuta meritevole di tutela la posizione del beneficiario dell'aiuto in considerazione, tra l'altro, del lasso temporale intercorso ma anche in considerazione del settore economico interessato in cui da anni vi erano sovvenzioni autorizzate dalla Commissione.

⁸¹ Così F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011, p. 141, il quale sottolinea come il particolare rigore della giurisprudenza comunitaria sugli aiuti di Stato ben si spiega se solo si considera che in questi casi non viene in rilievo una relazione duale tra interesse del destinatario al mantenimento del vantaggio ed interesse della p.a. alla sua rimozione ma una relazione nella quale viene in rilievo anche l'interesse delle imprese concorrenti ad evitare le ripercussioni negative derivanti, sul piano concorrenziale, dal permanere di un vantaggio dato ad un competitore.

incondizionate e concordanti, quale che sia la forma in cui queste vengono comunicate»⁸².

Da queste considerazioni emerge, quindi, un'oscillazione della giurisprudenza comunitaria tra rigore ed elasticità che non è facile riassumere in una formula "statica". La flessibilità della tutela, d'altronde, è una delle caratteristiche naturali e connaturate all'affidamento poiché la sua protezione si sostanzia in una ponderazione tra più interessi⁸³.

Merita, da ultimo, di essere ricordato che nell'ordinamento comunitario l'affidamento riceve una tutela anche di carattere risarcitorio, con un netto anticipo di tempi rispetto a quello che accadrà nel nostro ordinamento⁸⁴. In particolare, ai sensi dell'art. 288, comma 2, del Trattato sulla Comunità Europea (oggi art. 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) «in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni». Grazie a questa disposizione, il giudice comunitario ha quindi ritenuto esistere una violazione grave e manifesta, idonea a fondare pretese risarcitorie, anche nel caso di lesione dell'affidamento⁸⁵.

⁸² Cfr. *ex multis* Corte di Giustizia, 13 giugno 2013, HGA Srl e altri / Commissione, cause riunite da C-630/11 P a C-633/11 P, e 16 dicembre 2010, *Kahla Thüringen Porzellan*/Commissione, C-537/08 P, entrambe su <http://curia.europa.eu>.

⁸³ Tale ponderazione non è illegittima se il suo esito non è necessariamente a favore dell'affidamento ma lo diventa solo se l'affidamento non è correttamente "soppesato" nella decisione amministrativa. Sul ruolo dell'affidamento in sede di ponderazione si rimanda al più approfondito esame del Cap. II.

⁸⁴ Sul tema ampiamente al capitolo III di questo lavoro.

⁸⁵ cfr. Corte Giust. CE, 14 maggio 1975, C-74/74, in cui il giudice comunitario ha ritenuto non sussistenti le ragioni di urgenza addotte dalla Commissione a sostegno di un provvedimento abrogativo di determinate agevolazioni (si trattava nello specifico di importi compensativi vigenti nel settore alimentare dei semi di colza) che non era stato accompagnato da idonee cautele: «la responsabilità della Comunità non è quindi esclusa, qualora, non esistendo un inderogabile interesse pubblico contrapposto a quello dei singoli operatori economici, la Commissione abolisca, con effetto immediato e senza preavviso, gli importi compensativi in un determinato settore, senza adottare provvedimenti transitori che, almeno, consentano a detti operatori di evitare la perdita connessa all'esecuzione di contratti di esportazione il cui carattere reale e definitivo sia provato dalla prefissazione delle restituzioni, ovvero di essere risarciti di tale perdita». La Corte ha quindi giudicato presente una violazione grave e manifesta al punto da fondare pretese risarcitorie, affermando che «per quanto riguarda l'entità del danno che questa deve risarcire, va considerato che il mantenimento in vigore degli importi compensativi non era in alcun modo garantito al ricorrente, e che questi non poteva quindi legittimamente ritenere di poter fruire, in qualsiasi circostanza, dei vantaggi connessi ad un contratto concluso nell'ambito del sistema degli importi compensativi»; «la tutela ch'egli può pretendere in ragione del suo legittimo affidamento si limita al fatto di non dover subire perdite a

In conclusione, il principio del legittimo affidamento non solo ha trovato casa nell'ordinamento comunitario, ma vi si è perfettamente integrato. Il che, come si vedrà a breve, ha favorito di molto lo sviluppo del principio nel diritto interno degli Stati membri, *in primis* l'Italia.

4. L'approdo del "principio del legittimo affidamento" nell'ordinamento giuridico italiano

4.1 Gli arbori della tutela

Nel diritto amministrativo italiano l'emersione del principio del legittimo affidamento come principio di regolazione dell'azione amministrativa nasce in via spontanea nelle aule di giustizia ben prima che di tale fenomeno fosse compiuta una ricostruzione teorica⁸⁶.

La giurisprudenza amministrativa già negli anni cinquanta, pur in assenza di razionalizzazioni sul tema, ne faceva applicazione in modo implicito, senza avere contezza della sua effettiva portata⁸⁷. Secondo il Consiglio di Stato, per poter procedere all'annullamento di un atto amministrativo non è sufficiente il generico

causa dell'abolizione di tali importi». Dunque non è l'importo compensativo in sé l'oggetto del risarcimento, posto che questo può essere legittimamente ritirato dalla Commissione, ma i danni che siano seguiti al cambio di rotta dell'autorità europea allorquando ha deciso, senza misure transitorie, di non attribuire più tali sovvenzioni, ledendo l'affidamento al mantenimento di questo beneficio da parte delle imprese interessate.

⁸⁶ Per un'accurata analisi di questa prima applicazione del principio, con una puntuale indicazione della giurisprudenza, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005, 846 e ss. La giurisprudenza in questione matura in particolare in relazione alla materia edilizia (Cons. Stato, sez. V, 8/1960, in *Foro Amm.*, 1960, I, 45) ma anche al contenzioso dell'impiego pubblico, con riferimento, per esempio, all'annullamento di nomine o promozioni illegittime (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 121/1956, in *Foro Amm.*, 1956, I, 3, 213; Cons. Stato, sez. VI, 436/1954, in *Foro Amm.* 1954, I, 3, 45). Si denotano, inoltre, svariate fattispecie nelle quali l'interesse pubblico è considerato *in re ipsa* (per esempio quando l'annullamento riduca gli esborsi dell'amministrazione e consenta il recupero di somme indebitamente corrisposte cfr. Cons. Stato sez. VI, 797/1962).

⁸⁷ Così F. MERUSI, cit., p. 2, che ricorda come anche la giurisprudenza costituzionale avesse iniziato a dare applicazione al principio a proposito della c.d. retroattività impropria, ossia leggi che prendevano a presupposto di precetti *pro futuro* accadimenti precedenti o che incidevano su rapporti di durata determinati da leggi precedenti.

riferimento al ripristino della legalità violata ma è necessario che l'annullamento risponda ad un interesse pubblico attuale, che, anche in relazione all'elemento temporale trascorso, si dimostri prevalente rispetto alla eventuale situazione di vantaggio consolidatasi a favore del destinatario⁸⁸.

D'altronde un impulso decisivo per la tutela dell'affidamento nei confronti del potere amministrativo arrivava dall'ordinamento comunitario, che, come sopra ricordato, fin dal caso *Algera* del 1957, aveva iniziato a tutelare l'affidamento del privato in sede di revoca degli atti amministrativi, ricalcando il modello offerto dall'ordinamento tedesco, incentrato sul ruolo essenziale del bilanciamento tra interessi e fondato sul principio della certezza giuridica e dello Stato di diritto.

Nell'ambito del diritto pubblico l'affidamento è stato pertanto considerato, in un primo momento, solo come aspettativa al mantenimento di un beneficio accordato dalla pubblica amministrazione, ossia come affidamento alla legittimità e stabilità del provvedimento accordato dalla stessa. In tale meccanismo la correttezza è apparentemente estranea, essendo invece la considerazione dell'affidamento tutta interna ad un fenomeno puramente autoritativo come l'annullamento d'ufficio di un atto.

Negli anni settanta arrivarono i primi studi di razionalizzazione della materia ed un importante contributo della dottrina⁸⁹, ricollegò la tutela dell'affidamento, anche quella di stampo "amministrativo", alla nozione di buona fede oggettiva⁹⁰

⁸⁸ Tra le varie Cons. Stato, sez. VI, 4 marzo 1966, n. 215 su *Foro amm.*, 1966, 2, 541. Acuta dottrina, già nel 1954, ricordava tale giurisprudenza, pur non considerando in alcun modo il fenomeno in un'ottica di tutela dell'affidamento, a favore di una visione tutta incentrata sulla miglior tutela dell'interesse pubblico. Secondo E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, p. 89, la regola generale per gli atti di autotutela è quella dell'assenza di un termine entro cui esercitare il potere, ma «solo può ammettersi che quando il vizio dell'atto venga rilevato dopo un intervallo di tempo lunghissimo dalla sua emanazione, l'autorità amministrativa possa, in qualche caso, fare una valutazione comparativa fra il danno che deriva all'interesse pubblico dall'originaria invalidità dell'atto, e quello che allo stesso interesse pubblico deriverebbe dal turbamento di una situazione ormai da tempo consolidata, e rinunciare quindi eventualmente all'attuazione del controllo repressivo, che potrebbe a sua volta risultare viziato per eccesso di potere». Appare molto interessante osservare come questa prima "lettura" della giurisprudenza amministrativa sul legittimo affidamento sia del tutto sganciata dalla nozione in esame e, più in generale, sull'interesse del privato, concentrando l'attenzione solo sul miglior perseguimento dell'interesse pubblico, che, nei casi in cui sia trascorso un lungo intervallo temporale, potrebbe avvenire tramite il non esercizio del potere di autotutela.

⁸⁹ Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970. Sulla dottrina si dirà in modo approfondito al par. 3.1.

⁹⁰ Quanto invece ai legami tra buona fede soggettiva ed amministrazione pubblica cfr. E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica*

sopra ricordata. Fin a quel momento buona parte della dottrina italiana si era mostrata di segno avverso⁹¹, restia o contraria⁹² ad ammettere che la buona fede oggettiva potesse trovare margini di operatività anche nei confronti del potere amministrativo⁹³, sostenendo da una parte che l'interesse pubblico assorbirebbe la

storica e contemporanea, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, p. 371, il quale sottolinea come poiché la volontà dell'amministrazione vada intesa come volontà procedimentale, ciò che rileva giuridicamente non è la volontà psicologica della persona fisica, bensì quella "oggettivata" risultante dal procedimento nel suo complesso. Dunque, con riguardo all'amministrazione, imputazione psicologica e giuridica in capo all'ente dell'atto non sono coincidenti sicché la volizione della persona fisica non è la volontà dell'atto. Da qui lo scarso ambito di applicazione della buona fede soggettiva nel diritto amministrativo.

⁹¹ «La dottrina italiana non poteva ammettere deroghe al principio di stretta legalità che informava per legge l'attività amministrativa, dunque non avrebbe agevolmente potuto apprezzare le nuove tesi provenienti dal diritto civile sulla tutela dell'affidamento e sull'obbligo di agire secondo buona fede, perché chi persegue il pubblico interesse ed è dotato di autoritatività nel potere di portare ad esecuzione le sue scelte non può che implicitamente agire sempre nel rispetto del canone di buona fede (...)» (M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *cit.*, 163). Per una rassegna delle posizioni dottrinarie contrarie all'applicazione della buona fede nel diritto pubblico v. anche F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, p. 136.

⁹² Tra i fortemente critici ci si limita a ricordare E. GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt *Treu und Glauben* in *Verwaltungsrecht. Zugleich Beitrag zur juristischen Methodenlehre** (1935), in *Arch. Giur. di Dir. Pubbl.*, 1936, la cui contrarietà si è ad onor del vero collegata, negli anni a seguito, alla volontà garantistica di arginare la dottrina tedesca delle clausole generali vedendovi il rischio di uno strumento interpretativo di penetrazione della dottrina e della conseguente soluzione politica del caso concreto in qualsiasi questione controversa (così M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *cit.*, 164).

⁹³ Si è correttamente sottolineato come il più delle volte la dottrina si sia chiesta se la tutela della buona fede, ritenuta canone tipico del diritto privato, fosse applicabile anche ai rapporti in cui è parte l'amministrazione mentre, viceversa, sarebbe stato più corretto verificare se la buona fede non fosse un principio fondamentale dell'ordinamento e, come tale, applicabile ai rapporti di diritto pubblico (cfr. F. MANGANARO, *cit.*, p. 9). Il tema richiama quello della c.d. "pregiudiziale civilistica", ossia la credenza che le regole dettate dal codice civile siano quelle generali e che esse debbano essere "forzate" in sede di applicazione all'autorità amministrativa (cfr. E. CASSETTA, *cit.*, p. 37, per cui «occorre evitare di accentuare eccessivamente la rilevanza degli istituti civilistici, il cui impiego comporta inevitabili forzature conseguenti alla necessità di adattamento di quegli istituti su realtà connotate da caratteri specifici e differenti»). Sui rapporti tra diritto amministrativo e diritto civile hanno scritto i più grandi giuristi di questo secolo; nell'impossibilità di affrontare qui l'argomento ci si limita a ricordare quanto scriveva uno di essi: «Seconda una teoria, alquanto diffusa, il diritto amministrativo sarebbe un diritto di eccezione, laddove il privato sarebbe il diritto comune: per conseguenza, quando l'eccezione non si trova espressamente stabilita, si dovrebbe, per i principii della logica, far ritorno alla regola. In tutto ciò, c'è soltanto una parte di vero. Il diritto amministrativo non può considerarsi come un diritto singolare: esso si è venuto costruendo in un sistema scientificamente autonomo, il che vuol dire che siffatto sistema è suscettibile di bastare a sé stesso. Ma non può parimenti negarsi che il diritto privato ed il pubblico abbiano tra loro molti punti di contatto, derivanti dal fatto che ambedue sono diritti e partecipano quindi della medesima natura: ne viene che non pochi principii sono ad essi comuni. Questi principii si sono però svolti non solo nelle leggi, ma anche nella scienza in materiale connessione con il diritto privato: donde l'illusione che il diritto amministrativo sia in rapporto ad esso in una posizione subordinata, laddove in astratto, avrebbe potuto dirsi il contrario. Il vero si è che non bisogna innalzare a teoria ciò che dipende da condizioni di fatto che possono essere anche passeggero, ma non bisogna nemmeno sconoscere che, nell'attuale stato delle cose, l'interprete del diritto amministrativo è spesso costretto a ricorrere ad altre norme, e specie a quelle di diritto privato, che fra tutte sono le più precise e complete, per trovarvi ciò che invano

funzione della buona fede⁹⁴ e, in ogni caso, che il principio di buona fede si applicherebbe soltanto ai rapporti paritari⁹⁵.

Negli studi sull'affidamento sopra ricordati si sostenne che la clausola generale di buona fede potesse trovare applicazione anche nei confronti dell'amministrazione, come di qualunque altro soggetto di diritto, posto che è «una norma verticale, un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti»⁹⁶, la quale non deriva da uno o più norme costituzionali, o meglio, anche se riconosciuta a livello costituzionale, lo è come un principio costituzionale non scritto. Tale clausola può assumere poi due articolazioni: l'obbligo di correttezza e l'obbligo di *non venire contra factum proprium*, cioè di comportarsi in modo coerente al proprio precedente comportamentale. Il principio di buona fede, inteso come obbligo di correttezza, non assicura una tutela automatica dell'affidamento, poiché non si concretizza attraverso il principio di non contraddizione, ma attraverso quello, più elastico, della correttezza. La buona fede in quanto fonte di un obbligo per l'amministrazione di comportarsi secondo correttezza, obbliga allora la pubblica amministrazione a tenere in adeguata considerazione l'interesse dell'amministrato nei casi di esercizio dei poteri in autotutela e quindi “ponderare” l'affidamento con l'interesse pubblico. Sganciandosi dalla dottrina tedesca, si afferma, dunque, che non è la sicurezza giuridica a giustificare la necessità di questa ponderazione bensì, per l'appunto, la correttezza⁹⁷.

cercherebbero altrove» (SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1906, p.15 e 16).

⁹⁴ In particolare, i sostenitori di questa tesi partivano dalla considerazione dell'interesse pubblico non come interesse identificato da una norma ma come principio di integrazione della disciplina amministrativa, cioè esso stesso come clausola generale non codificata concorrente ed esclusiva. Si è all'opposto sottolineato che l'interesse pubblico rientra fra le norme finali mentre la buona fede tra quelli strumentali, così che un “assorbimento” della buona fede nell'interesse pubblico non è logicamente configurabile perché il rapporto tra norma strumentale e finale è di complementarietà, non di contraddizione. cfr. F. MERUSI, *cit.*, p. 115 e ss.

⁹⁵ Obiezione legata ad una generalizzazione dell'*id quod plerumque accidit* nell'ambito del diritto privato, ove il principio di buona fede trova la sua più ampia e studiata applicazione. Così F. MERUSI, *cit.*, p. 120.

⁹⁶ F. MERUSI, *cit.*, p. 7.

⁹⁷ F. MERUSI, *cit.*, p. 104.

L'affidamento è una «situazione giuridica soggettiva preliminare ed autonoma rispetto al principio di buona fede»⁹⁸, i cui contenuti si sostanziano in un'aspettativa di correttezza comportamentale dell'amministrazione.

4.2 L'ascesa del “principio del legittimo affidamento” tra i principi generali dell'azione amministrativa

Dagli studi sul legittimo affidamento degli anni settanta, sopra ricordati, la tutela “pubblicistica” del legittimo affidamento ha compiuto un'ascesa fenomenale, che ancora non può dirsi conclusa⁹⁹. Sulla spinta di numerosi altri contributi della dottrina¹⁰⁰ e della giurisprudenza¹⁰¹, e sotto l'influsso del diritto comunitario, che nel

⁹⁸ F. MERUSI, *cit.*, p. 48.

⁹⁹ Come si vedrà nel proseguo di questo lavoro esistono nuove ed ulteriori prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo, dal grande potenziale ad ancora *in itinere* (cfr. cap. III e IV).

¹⁰⁰ Tra questi cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede ed attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, 72; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005, 843; G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in www.sspa.it, 2006; M. GIGANTE, *Il principio della tutela del legittimo affidamento*, in Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 131; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012; F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5 (alcuni testi sono stati già citati ma si è scelto qui di riportarli senza abbreviazioni trattandosi di dare un quadro generale della dottrina in materia di legittimo affidamento).

¹⁰¹ «Anche a prescindere dal sopravvenuto art. 21-nonies della L. 7 agosto 1990 n. 241 anche la giurisprudenza del tempo coerentemente e costantemente affermava che non sussiste un obbligo in senso stretto in capo all'amministrazione comunale di autoannullare d'ufficio una concessione edilizia, rientrando il potere di autotutela nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione che richiede, per il suo esercizio, la valutazione di elementi ulteriori rispetto alla mera illegittimità dell'atto da ritirare (così, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2002 n. 4392) e, in particolare, sulla sussistenza di un interesse pubblico attuale che imponga l'annullamento (così, ad es., Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 1999 n. 671) e, comunque, bilanciando gli eventuali gravi motivi d'interesse pubblico, diversi dal mero ripristino della legalità violata, e nuovi squilibri che la diversa situazione potrebbe arrecare all'affidamento, talvolta incolpevole, dei terzi” (così Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 1998 n. 1582)» (così ricorda, di recente, Cons. Stato, sez. V, 12 gennaio 2015, n. 29). Tra le tante decisioni che hanno enfatizzato la tutela dell'affidamento non si può non accennare alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5/2005, che ha affrontato l'affidamento nell'ottica della responsabilità precontrattuale. Sulla stessa e sul tema della responsabilità precontrattuale della p.a. si tornerà al cap. III.

frattempo lo aveva ricondotto fra i principi fondamentali della Comunità¹⁰², l'affidamento ha percorso la sua scalata. Fu lo stesso Giannini a consacrarlo, riconoscendo rilevanza generale al principio di buona fede e dell'affidamento sia per i comportamenti di diritto pubblico che di diritto privato di cui è parte l'amministrazione pubblica¹⁰³.

In questo percorso ascensionale un ruolo chiave è stato quello della legge n. 15 del 2005. L'intervento legislativo, modificando la legge n. 241 del 1990, ha recepito la giurisprudenza amministrativa, codificando i limiti all'esercizio dei poteri di autotutela tramite l'inserimento degli artt. 21-*quinqüies* sulla revoca e 21-*nonies* concernente l'annullamento d'ufficio. Per entrambe le norme la legge fa riferimento alla posizione del privato: con riferimento alla prima disposizione, la tutela dell'aspettativa si è tradotta nella possibilità di indennizzo dei pregiudizi eventualmente subiti dai soggetti direttamente interessati a causa della revoca; quanto alla seconda, è la stessa possibilità di annullamento a doversi fondare esplicitamente anche su un apprezzamento del legittimo affidamento maturato in capo al privato: l'annullamento d'ufficio può essere disposto solo «sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge»¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. il paragrafo 3.3 e in particolare la sentenza *Dürbeck*, 5 maggio 1981, C-112/80.

¹⁰³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p. 473, che ricorda che il principio di buona fede in senso oggettivo, «nei comportamenti di diritto pubblico così come in quelli di diritto privato», «è un elaborato giurisprudenziale»: «così come è presentata in giurisprudenza, la quale, in difetto di norme, costituisce la sola fonte del principio, la buona fede non presenta, in diritto amministrativo, connotazioni specifiche, tali cioè da differenziarla dalla nozione di teoria generale (affidamento) e di diritto privato». Anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. I, p. 729, richiama lo studio di Merusi sull'affidamento, ricordando come, conformemente alla giurisprudenza, per poter procedere all'annullamento di ufficio l'autorità amministrativa debba procedere nella motivazione al raffronto tra l'interesse pubblico e gli altri interessi pubblici e privati implicati nella vicenda.

¹⁰⁴ Sulle disposizioni in esame si tornerà accuratamente nel proseguo di questo lavoro (cfr. cap. II). L'art. 21-*quinqüies*, “revoca del provvedimento”, dispone: «1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. 1-*bis*. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato

La stessa legge n. 15 del 2005 ha poi introdotto il fondamentale riferimento, all'art. 1 della legge 241/90, ai principi comunitari tra quelli che guidano l'attività amministrativa¹⁰⁵. L'inserimento di questo richiamo è molto importante perché ad oggi costituisce la base giuridica, nell'ordinamento italiano, del principio del legittimo affidamento e lo consacra definitivamente come principio generale dell'azione amministrativa¹⁰⁶. Benché, infatti, nell'ordinamento comunitario un

dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico». L'art. 21-*nonies*, concernente l'annullamento d'ufficio, prevede invece che: «1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies* può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. 2. E' fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole».

¹⁰⁵ Sull'importanza e sugli effetti di questa integrazione additive v. A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, n. 4, p. 707, che sottolinea come la formula sintetica con la quale è operato, nel nuovo primo comma dell'art. 1, il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario, presenti in realtà una molteplicità di ricadute. Il rinvio va infatti inteso come rinvio "formale", ossia «a tutti gli attuali e soprattutto successivi sviluppi, che la fonte sarà in grado di produrre». Il nodo problematico è dunque quello verifica della misura, delle modalità e dei limiti di sovrapposizione tra i principi generali dell'ordinamento comunitario, legislativamente o giurisprudenzialmente formati, e i principi generali dell'ordinamento interno, essenzialmente come elaborati dal giudice amministrativo e poi positivizzati dal legislatore. Ciò vale, evidentemente, anche per il principio del legittimo affidamento, in relazione al quale il giudice nazionale si troverà a dover svolgere, con riguardo specifico al punto in oggetto, una non agevole opera interpretativa, essendo chiamato da un lato a dare per scontata l'integrazione generalizzata nell'ordinamento interno di un principio del quale è avanzato lo sviluppo in senso garantista nell'ordinamento comunitario e la cui applicazione comunque richiede una notevole sensibilità per il caso concreto; dall'altro a dover dare applicazione ad una normativa (quella in varie sedi e in diversi tempi integrativa della l. n. 241 del 1990), che sembra dal canto suo, indipendentemente dai settori di riferimento, aver orientato il bilanciamento degli interessi dalla parte dell'amministrazione pubblica (in questi termini ID., *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, cit.). Sul tema v. anche F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000.; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2005; M. RENNA E F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.

¹⁰⁶ «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario» (art. 1, comma 1, legge 241 del 1990). Un richiamo espresso al principio del legittimo affidamento era stato previsto nel testo di riforma della legge n. 241 del 1990, per poi non trovare definitiva consacrazione nella legge approvata (l. n. 15 del 2005). Merita, invece, di essere ricordato che il principio del legittimo affidamento è oggetto di un esplicito riconoscimento in materia tributaria, all'art. 10 dello Statuto del contribuente (legge n. 212 del 2010), rubricato "Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente": « 1. I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede. 2. Non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al

principio di siffatta natura sia pienamente vigente, come ricordato¹⁰⁷, esso troverebbe di per sé applicazione nell'ordinamento degli Stati membri solo ai casi interessati dal suddetto ordinamento¹⁰⁸. La presenza di questa norma chiarisce, invece, che è «l'attività amministrativa» in generale, che «persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». Ciò significa che il principio del legittimo affidamento nel nostro ordinamento è vigente sia per le fattispecie interessate dal diritto comunitario che per quelle interne¹⁰⁹.

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. 3. Le sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria o quando si traduce in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta; in ogni caso non determina obiettiva condizione di incertezza la pendenza di un giudizio in ordine alla legittimità della norma tributaria. Le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto». In materia fiscale, d'altronde, la Cassazione ha ormai in più occasioni affermato che il principio del legittimo affidamento è reso esplicito dall'art. 10 dello Statuto ma trova il suo fondamento direttamente in Costituzione agli articoli 3, 23, 53 e 97; esso si applica quindi anche ai rapporti antecedenti lo Statuto perché «è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico e costituisce uno dei fondamenti dello stato di diritto nelle sue differenti articolazioni, limitandone l'attività legislativa e amministrativa» (cfr. da ultimo cfr Cass., Sez. trib., 13 maggio 2009, n. 10982). Il principio di affidamento in materia tributaria ha così trovato una serie di applicazioni, come in sede di interpretazione delle circolari dell'amministrazione finanziaria, nella disciplina dell'interpello del contribuente e nel campo delle sanzioni, che non possono essere irrogate quando il contribuente si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria o quando il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'amministrazione stessa o, ancora, quando la violazione dipenda da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria o quando si traduce in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta (cfr. M. DE BENEDETTO, *Il procedimento amministrativo tributario*, in *Dir. amm.*, 2007, fasc.1, p. 127). Sul tema cfr. anche E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001 e G. PETRILLO, *Il doppio limite posto dall'affidamento legittimo nei confronti del legislatore e dell'attività amministrativa in materia tributaria*, in *Dir. e prat. trib.*, 2005, n.2, p. 287 e ss.

¹⁰⁷ Vedi il par. 3.3 di questo capitolo.

¹⁰⁸ Emblematico il caso francese dove, come si vedrà a breve, non esiste un principio del legittimo affidamento per il diritto interno ma esso può essere applicato solo nelle fattispecie concernenti il diritto comunitario (cfr. il par. 5.1).

¹⁰⁹ Si condivide, dunque, l'osservazione formulata in dottrina per cui in forza del rinvio, i principi dell'Unione europea assumono rilievo giuridico anche nei confronti delle attività amministrative che non attengono alle funzioni trasferite alle istituzioni europee poiché tali principi comportano una vera e propria integrazione delle norme interne che regolano l'attività amministrativa, così che se quest'ultima si discosta da essi è affetta da invalidità (v. G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi*

5. Il rilievo del legittimo affidamento in sede autotutela nei principali Stati europei e nelle decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo

5.1 L'esperienza francese

A conclusione di quanto fin qui osservato sulla tutela del legittimo affidamento appare interessante verificare, brevemente, in che modo l'affidamento venga in rilievo in alcuni dei principali sistemi giuridici d'oltralpe, con particolare riferimento anche al momento dell'autotutela¹¹⁰.

Il legittimo affidamento, per il tramite del diritto comunitario, è infatti ormai penetrato nell'ordinamento di molti degli Stati che ne sono parte, con maggiore o minore entità a seconda delle caratteristiche strutturali e culturali di ciascuno di essi.

Nell'ordinamento francese¹¹¹, *in primis*, sembra aver trovato piena applicazione la dottrina tedesca sui legami tra legittimo affidamento e certezza del diritto¹¹², così che si afferma comunemente che *«le principe de confiance légitime est d'une certaine façon la face subjective et concrète du principe de sécurité juridique»*¹¹³.

Ciò nonostante i due principi non godono della medesima "fiducia", poiché quello di affidamento si scontra con una, ormai assodata, reticenza del giudice amministrativo francese¹¹⁴. La giurisprudenza sul punto è infatti chiara e quasi

dell'ordinamento comunitario, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, p. 104 che definisce tale valore innovativo come l'efficacia "di tipo costitutivo" della disposizione che rinvia ai principi comunitari).

¹¹⁰ Quanto all'ordinamento tedesco e a quello comunitario si rinvia all'analisi già compiuta al cap. I, par. 1.2 ed 1.3.

¹¹¹ Cfr. D. CORLETTI, *cit.*, p. 6 e ss.

¹¹² Cf. cap I, par. 3.2.

¹¹³ B. DELAUNAY, *Le contentieux des espérances légitimes en droit fiscal*, in T. Lambert (a cura di), *Le contentieux fiscal en débats*, L.G.D.J., 2014, p. 308.

¹¹⁴ *«Cette réticence du juge administratif vis-à-vis du principe de confiance légitime s'explique d'une part par le fait que ce principe d'origine étrangère ne correspond pas à la tradition juridique française, et, d'autre part par l'absence de contrainte venant du haut. En effet, si le juge administratif*

unisona (si riscontra un'eccezione¹¹⁵): se nel diritto amministrativo francese può dirsi esistente un generale principio di sicurezza giuridica, applicabile ad una serie indeterminata di ipotesi¹¹⁶, non vige un altrettanto generale principio di legittimo affidamento. Ciò significa che il principio del legittimo affidamento troverà applicazione solo nelle materie comunitarie, in forza dell'ordinamento comunitario, ma non nelle fattispecie di mero diritto interno¹¹⁷.

La dottrina francese non è unanimemente d'accordo sulla posizione assunta dal *Conseil d'Etat*. In senso favorevole si è tuttavia sostenuto che comunque il principio del legittimo affidamento non aggiungerebbe alcuna garanzia nuova a quella di cui il cittadino già dispone grazie al principio di sicurezza giuridica e che si inserirebbe male nel diritto amministrativo francese, «*qui reste dominé par la conception objective des droits du citoyen, alors que la confiance légitime repose sur une vision subjective des droits exercés par une personne en fonction des relations individuelles qu'elle entretient avec l'Administration*»; lo stesso autore subisce tuttavia il fascino della nozione: «*l'expression "confiance légitime" elle-même a tellement de séduction!*»¹¹⁸.

français applique le principe de confiance légitime dans les affaires régies par le droit communautaire, c'est du fait de sa consécration en tant que principe fondamental du droit communautaire. Le JA se voit donc contraint d'appliquer ce principe chaque fois qu'il juge sous le contrôle de la CJUE. En revanche, en matière de litiges régis uniquement par le droit interne, le JA ne se voit pas imposer une telle contrainte» (B. SEILLER, *Le droit administratif français et le principe de confiance légitime*, 2010, su <http://dpa.u-paris2.fr>).

¹¹⁵ E' possibile riscontrare un rarissimo caso di segno opposto, in cui il principio del legittimo affidamento è stato ritenuto operativo anche per una fattispecie di diritto interno, nella giurisprudenza dei tribunali amministrativi (in questo senso cfr. *TA Strasbourg*, 8 dicembre 1994, *Entreprise Freymuth*), poi sconfessato in secondo grado (*Conseil d'Etat*, 9 mai 2001, *Entreprise Transports Freymuth*).

¹¹⁶ Il *Conseil d'Etat* ha per esempio ricondotto a questo principio la necessità per l'autorità investita del potere regolamentare di adottare delle misure transitorie nel caso in cui l'applicazione immediata delle regole nuove, tenuto conto del loro oggetto e dei loro effetti, ne comporti la necessità (*Conseil d'Etat, Association des parents élèves, cit.*)

¹¹⁷ Il *Conseil d'Etat* ha infatti a più riprese affermato che il principio del legittimo affidamento non si applica al di là dei casi regolati dal diritto comunitario (cfr. *Arrêts Brockly*, 30 dicembre 1996; *Association des parents élèves, parents d'élèves et professeurs de classes préparatoires vétérinaires et Melle Poujol*, 16 marzo 1998; *M. Rouquette, Mme Lipietz et autres, arrêt d'assemblée* 5 marzo 1999; *Entreprise Transports Freymuth*, 9 maggio 2001; *KPMG*, 24 mars 2006, che chiaramente afferma che «*le principe de confiance légitime, 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 JA français est régie par le droit communautaire*».

¹¹⁸ D. TRUCHET, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, 2013.

Quanto poi in particolare alla protezione dell'affidamento in sede di autotutela, il filo della vita del principio è sicuramente tessuto dal *Conseil d'Etat*, la cui giurisprudenza ha assunto, e assume ancora oggi, un ruolo chiave nel determinarne la maglie di operatività. Secondo la ricostruzione fornita da tale organo l'efficacia dell'affidamento si lega alla differente tipologia di atti interessati, a seconda che si tratti di atti "créateurs de droits" o meno. La qualificazione nell'una o nell'altra categoria dipende dalla natura dell'atto, così che se i regolamenti, quali atti generali e astratti, non sono mai capaci di generare un *droit acquis*¹¹⁹; viceversa, quanto agli atti individuali, sarà necessario verificare di volta in volta se ciò si verifichi. Degli atti che non creano diritti è sempre possibile l'*abrogation*, ossia la cessazione di efficacia da un certo momento in poi o la *retrait* ossia l'annullamento retroattivo con cancellazione degli effetti prodotti. Degli atti che all'opposto creano tali diritti, vige un generale principio di intangibilità che può tuttavia spezzarsi al ricorrere di determinati presupposti. Il criterio storicamente formulato dal *Conseil d'Etat* era quello per cui anche il poter dell'amministrazione di pronunciare la *retrait* dei suoi atti legittimi, creatori di diritti, dovesse essere limitato al termine entro cui opera la possibilità di ricorso avverso l'atto (2 mesi)¹²⁰. La disciplina del *retrait*, modellata sul potere di annullamento in via contenziosa, comportava allora l'annullamento d'ufficio venisse configurato come una forma di «giustizia domestica», alternativa rispetto alla giurisdizione del Consiglio di Stato; la tutela dell'affidamento era così particolarmente sfavorita, sia dalla presenza di termini di decadenza brevi per esercitare il potere di annullamento, che ostacolano il formarsi di "situazioni di vantaggio consolidate", sia dalla circostanza che trattandosi di una funzione di "giustizia amministrativa", l'amministrazione, come il giudice, può compiere valutazioni soltanto attinenti alla validità dell'atto¹²¹.

¹¹⁹ «L'abrogation des actes réglementaire est toujours possible, à condition que l'acte d'abrogation soit lui-même régulier car ils ne sont jamais créateurs de droits acquis à leur maintien. Cette règle s'explique aisément : une des « lois » du service public est la mutabilité. Les autorités gestionnaires doivent à tout moment pouvoir prendre les mesures qui leur semblent les plus adéquates pour améliorer le service. Ceci permet aussi de corriger très facilement une éventuelle illégalité» (J. PETIT - P.L. FRIER, *Droit administratif*, LDGJ, Lextenso éditions, 2013).

¹²⁰ Cfr. *arrêt Dame Cachet* del 3 novembre 1922.

¹²¹ In questi termini F. MERUSI, *cit.*, p. 96.

Questo orientamento, che per lungo tempo ha governato la materia, ha subito la definitiva battuta d'arresto con la sentenza 26 ottobre 2001, *Ternon*, con cui il *Conseil d'Etat* ha rotto il tradizionale vincolo tra diritto di *retrait* dell'amministrazione e termini di ricorso ma, in nome della certezza del diritto, ha ritenuto ragionevole fissare in un termine di quattro mesi, decorrenti dal momento di adozione della atto, ossia la sottoscrizione, il margine di intervento per l'amministrazione. Scaduto tale periodo gli effetti del provvedimento devono ritenersi consolidati, benché l'atto sia illegittimo. Il protrarsi del termine non pare dunque mutare le considerazioni sopra svolte sulla tutela dell'affidamento.

Queste conclusioni quanto al diritto amministrativo non devono tuttavia oscurare la presenza di una certa apertura al principio in altri rami dell'ordinamento. In particolare, nel diritto fiscale la tutela dell'affidamento è garantita da più strade. Esiste *in primis* una norma, l'art. 80-A del *Livre des procédures fiscales* che prevede la c.d. garanzia contro i cambiamenti della dottrina: se l'amministrazione ha interpretato una disposizione fiscale in un senso determinato, anche se contrario alla legge, i contribuenti hanno diritto all'applicazione dell'interpretazione vigente al momento dei fatti compiuti (il che non significa, evidentemente, che i contribuenti hanno diritto al mantenimento della interpretazione, che ben potrà mutare, ma viceversa che la nuova interpretazione non retroagirà)¹²².

Si ravvisa poi una seconda via consistente in un interessante innesto della tutela dell'affidamento attraverso la recezione e l'adattamento della teoria delle c.d. *espérances légitimes*, maturata nell'ambito della Corte Europea dei diritti dell'uomo¹²³.

Segni di cambiamento si manifestano anche ai livelli apicali della giurisprudenza: proprio di recente, il *Conseil Constitutionnel*, con riferimento al legislatore, pur mantenendo costante la sua giurisprudenza sulla possibilità di incidere retroattivamente sulla legge, ha affermato che in questi casi deve essere assicurata una protezione alle «*situations légalement acquises*», ma vanno anche

¹²² B. DELAUNAY, *Faut-il reconnaître un principe de confiance légitime en droit fiscal?*, in J. Buisson (a cura di), *La sécurité fiscale*, L'Harmattan, 2011, p. 39.

¹²³ Sul tema B. DELAUNAY, *Le contentieux des espérances légitimes en droit fiscal*, in T. Lambert (a cura di), *Le contentieux fiscal en débats*, L.G.D.J., 2014, p. 297, il quale sottolinea i punti di contatto tra il diritto fiscale e amministrativo.

considerati gli «*effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations*»¹²⁴. Sembra, dunque, fare leva anche nella materia del contenzioso costituzionale la teoria delle c.d. *espérances légitimes*, di cui sopra.

Questo fenomeno, “in fermento”, che sta consentendo un’exportazione della tecnica di tutela del legittimo affidamento adottata in relazione alla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo direttamente nel diritto di uno Stato membro, non pare doversi sottovalutare perché potrebbe, un domani, costituire una diversa strada, rispetto al modello tradizionale, per una penetrazione del legittimo affidamento anche nel diritto amministrativo francese¹²⁵. E poi chissà che esso non faccia presa anche nell’ordinamento italiano (il che suggerisce di tenerlo ulteriormente sotto controllo).

5.2 L’esperienza inglese

Anche in Inghilterra il principio trova difficoltà di inserimento ma si è comunque silenziosamente introdotto¹²⁶.

La dottrina inglese è solita ricondurre la tutela dell’affidamento alla c.d. *rule of law*, quindi al principio di legalità e all’esigenza di certezza dei rapporti giuridici: «*legitimate expectations means that any individual who as a result of governmental conduct, hold certain expectations concerning future governmental activity, can require those expectations to be fulfilled unless there are compelling public interest reasons for not doing so*»¹²⁷. Affinché ciò sia possibile, l’affidamento si deve basare

¹²⁴ Cons. const., 19 dicembre 2013, decisione n. 2013-682 DC, *Loi de financement pour la sécurité sociale pour 2014*, su www.conseil-constitutionnel.fr, annotata da B. Delaunay, *La confiance légitime entre discrètement au Conseil constitutionnel*, in *AJDA*, 2014, p. 649.

¹²⁵ Si assiste così ad un «*dédoublement de la confiance légitime qui découle directement du droit européen lequel fait voisiner la confiance légitime stricto sensu en droit de l’Union et la théorie des espérances légitimes promue par la Convention européenne des droits de l’homme*» (B. DELAUNAY, *La confiance légitime entre discrètement au Conseil constitutionnel*, cit., p. 649).

¹²⁶ Cfr. G. LIGUGNANA, *La tutela dell’affidamento del privato nell’ordinamento amministrativo inglese. Il caso delle substantive legitimate expectations*, in D. CORLETTI, cit., p.65 e R. THOMAS, *Legitimate expectations and Proportionality in Administrative law*, Oxford and Portland Oregon, 2000.

¹²⁷ R. THOMAS, cit., p. 1.

su una condotta precisa dell'amministrazione e non su una mera speranza del cittadino; deve, in buona sostanza, essere meritevole di tutela¹²⁸.

Per molto tempo la giurisprudenza inglese¹²⁹ non si è invece curata delle aspettative dei privati di fronte ad un potere discrezionale dell'amministrazione, a tutto vantaggio dell'interesse pubblico di volta in volta esercitato. Nel tempo questa posizione si è cominciata a smussare attraverso due tecniche, l'*estoppel* e ad il *legitimate expectations*.

Il primo è un istituto tipico dei rapporti tra pari e trova applicazione quando un soggetto compie dichiarazioni o rappresentazioni di fatti non vere e l'altra parte, conseguentemente, agisce in proprio danno confidando nella legittimità delle stesse: le dichiarazioni non veritiere sono considerate vincolanti per chi le ha compiute¹³⁰. La sua estensione alla pubblica amministrazione come vincolo alla propria precedente decisione incontra tuttavia varie difficoltà, che ne hanno portato l'applicazione al solo caso gli affidamenti sorti sulla base di decisioni illegittime. Un caso di questo tipo si verificherebbe, per esempio, quando l'amministrazione non abbia rispettato gli adempimenti procedurali previsti dalla legge e voglia poi, in un momento successivo, ritirare la propria decisione per vizio del procedimento. Il privato potrebbe qui ricorrere al rimedio dell'*estoppel*¹³¹.

¹²⁸ «*The principle protects only those expectations which have arisen through administrative conduct, and not those which have arisen as a result of an individual's subjective hopes. It is concerned with upholding trust in the administration rather than protecting expectations which the individual has decided to entertain at his own risk*» (R. THOMAS, cit. p. 53)

¹²⁹ In dottrina, si è sottolineato come i giudici inglesi abbiano visto l'utilità del principio per promuovere la c.d. "*fairness*" dell'amministrazione pubblica ma poi non siano stati in grado di costruire, in modo chiaro, il principio, che paradossalmente proprio sulla chiarezza si fonda: «*while the courts have stated that a clear and unambiguous representation is required for an expectation to be raised, their own elaboration of the principle has at times been far removed from such standard, thereby diminishing legal certainty for both the administration and individuals*» (R. THOMAS, cit. p. 52).

¹³⁰ «*Estoppel is a mechanism for enforcing consistency; when I have said or done something that leads you to believe in a particular state of affairs, I may be obliged to stand by what I have said or done, even though I am not contractually bound to do so*» (E. COOK, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, 2000, p. 1).

¹³¹ Cfr. G. LIGUGNANA, cit., p. 76 per approfondimenti e per l'individuazione dei casi giurisprudenziali di riferimento.

Una simile soluzione incontra tuttavia notevoli obiezioni, prima di tutto sul piano logico, consentendo all'amministrazione di non esercitare poteri e doveri che la legge stessa le impone¹³². Anche in considerazioni delle critiche della dottrina, tale tecnica giuridica ha visto il suo progressivo esaurimento nei confronti dell'amministrazione verso forme nuove di tutela dell'affidamento, che non "forzino" istituti nati nei rapporti tra pari.

Soccorre così il meccanismo del *legitimate expectation*¹³³, che comporta vari "tipi" di protezione: sia una tutela di tipo procedimentale, intesa come possibilità per l'interessato di essere sentito ed intervenire in contraddittorio nel procedimento di riesame su decisioni a lui favorevoli; sia l'insorgenza della *substantive legitimate expectation* del privato, quale prospettiva di conservazione di una posizione favorevole derivante da dichiarazione formale o informale dell'amministrazione¹³⁴. In quest'ultimo senso la nozione si avvicina al legittimo affidamento come da noi inteso.

Grazie a questo istituto, sia nel caso di decisioni legittime che illegittime, le Corti inglesi hanno intrapreso la strada della tecnica del bilanciamento dell'interesse pubblico alla legalità con quello privato alla conservazione dei benefici attribuiti. Si tratta, tuttavia, di una tecnica non sempre applicabile e che trova effettiva applicazione con molta cautela, attraverso singoli casi giurisprudenziali¹³⁵.

¹³² Cfr. ID., *cit.*, p. 102 e ss.

¹³³ Il caso che è comunemente citato come fondamento del *legitimate expectations* nel diritto inglese è *Schmith v. Secretary of State for Home Affairs* del 1969, in cui fu pronunciato da Lord Denning. (cfr. R. THOMAS, *cit.* p. 47 e ss.)

¹³⁴ Il dibattito sulla natura del legittimo affidamento come principio procedurale o come protezione di una posizione sostanziale ha visto coinvolta sia la dottrina che le Corti inglesi. La ragione per la quale queste ultime non si sentono a loro agio nel tutelare l'affidamento come posizione sostanziale, parimenti a quanto accade in ambito comunitario, è dovuta alla circostanza che hanno da sempre una atteggiamento di diffidenza verso questo tipo di tutela «*for fear of becoming embroiled in policy issues*» (il che in buona sostanza si potrebbe riassumere con la paura di violare principio della separazione dei poteri sostituendosi all'amministrazione). Proprio a causa di questa diffidenza (e per evitare di risolvere il problema), le Corti inglesi avrebbero "creato" la distinzione tra tutela procedurale e sostanziale, con la conseguenza che «*this dualistic way of thinking is highly artificial*» cfr. R. THOMAS, *cit.* p. 61.

¹³⁵ Cfr. la casistica giurisprudenziale esposta da R. THOMAS, *cit.* p. 62 e ss. L'autore interrogandosi su questo difficile concetto di "*balancing of interests*", raffronta le tecniche di bilanciamento compiute dai giudici comunitari con quelli inglese, evidenziando come questi ultimi siano stati del tutto riluttanti ad esaminare il nucleo della ponderazione per paura di incorrere nel merito amministrativo e quindi non abbiano saputo formulare una serie di principi guida per l'amministrazione in tale delicata operazione.

Il risultato dei vari meccanismi di cui sopra è che anche in Inghilterra è possibile operare una distinzione in relazione al tipo di atto interessato. Se si tratta di una *revocation of lawful decisions*, è richiesto un bilanciamento fra interesse pubblico alla eliminazione del provvedimento ed interesse privato alla sua conservazione; se viceversa si tratta di una *revocation of unlawful decisions* incontra una seppur difficoltosa e sempre più rara applicazione anche la tecnica dell'*estoppel*. Anche in Inghilterra la tutela dell'affidamento può dunque definirsi un percorso *in itinere* nel quale appaiono evidenti le contaminazioni provenienti dal diritto comunitario e dagli istituti a questo propri.

5.3 L'esperienza spagnola

Il caso dell'ordinamento spagnolo è di particolare interesse perché la letteratura in materia di legittimo affidamento si accosta a quella italiana¹³⁶, avendo enfatizzato il legame tra affidamento ed il principio di buona fede e correttezza¹³⁷. Si ritiene infatti, comunemente, che la inclusione della buona fede nella disposizione spagnola che regola i limiti al potere di revisione di ufficio degli atti amministrativi debba essere intesa proprio come un riferimento al principio di *confianza*¹³⁸. Questo comporta un'ampia invocabilità del principio nell'esercizio di numerose ipotesi di provvedimenti di secondo grado¹³⁹.

¹³⁶ Per la quale si rimanda al paragrafo seguente.

¹³⁷ Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 2004 (la prima edizione risale tuttavia al 1983). Per una ricostruzione dell'evoluzione e del grado di sviluppo del principio del legittimo affidamento in Spagna cfr. J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza*, in Juan Alfonso Santamaría Pastor (a cura di) *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, 2010.

¹³⁸ V. art. 106 "*Límites de la revisión*", legge 30/1992 "*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*", che così recita: «*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*».

¹³⁹ Per un'elencazione dettagliata v. J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza*, cit., p. 1195.

Nell'ordinamento spagnolo vige invece un sistema completamente diverso per quanto riguarda l'*anulación de oficio*. La stessa può disporsi solo nel caso in cui il provvedimento sia nullo, secondo le ipotesi tassativamente previste dalla legge. Nei casi di annullabilità, invece, l'amministrazione non può procedere in via amministrativa all'annullamento ma può, se ritiene che il provvedimento illegittimo è lesivo di un interesse dell'amministrazione (la *declaración de lesividad*), adire il giudice, entro tempi rigorosi, per intraprendere uno specifico ricorso (il c.d. *recurso de lesividad*). In caso di accoglimento l'effetto sarà quello dell'annullamento in sede giurisdizionale ma mai con effetti retroattivi¹⁴⁰.

Quanto invece ai requisiti per il riconoscimento di una situazione di affidamento meritevole di tutela, anche in tale ordinamento essi appaiono differenziati a seconda che l'affidamento sia stato indotto da una attività amministrativa legittima o non. In un caso e nell'altro è comunque necessario che vi sia stata una condotta amministrativa antecedente, di modo che l'affidamento si sia fondato su "*signos externos*" prodotti dall'amministrazione sufficientemente e razionalmente idonei ad indurre a confidare nella legittimità dell'attività amministrativa.

Quando l'attività amministrativa è illegittima devono poi ricorrere le seguenti condizioni: che l'illegalità dell'atto non ricada nell'ambito della responsabilità dell'interessato (il che accade quando l'attività amministrativa è stata adottata come conseguenza di frode o inganno ma anche erroneità o incompletezza delle informazioni fornite); che l'interessato non conoscesse o non avesse potuto conoscere con un comportamento diligente l'illegittimità; che esista una manifestazione dell'affidamento, ossia che il destinatario del beneficio ottenuto illegittimamente abbia consumato lo stesso o adattato decisioni basate sullo stesso beneficio che non possa modificare se non subendo un pregiudizio irragionevole; che vi sia una comparazione tra l'interesse del beneficiario al mantenimento della attività amministrativa e quello pubblico alla sua revisione. Se, viceversa, l'attività amministrativa era legittima, la regola generale è quella del riconoscimento di una

¹⁴⁰ La *declaración de lesividad* deve essere adottata entro un termine di quattro anni dall'emanazione del provvedimento e previa audizione dei destinatari della determinazione iniziale e degli eventuali soggetti interessati. Una volta adottata, decorre il termine perentorio di due mesi per intraprendere il *recurso de lesividad*. Cfr. R. CHIEPPA, *cit.*, p. 918.

situazione di affidamento legittimo a meno che non sia stato il privato con il suo comportamento a giustificare la revoca stessa. La regola incontra tuttavia varie eccezioni, in particolare quando il beneficiario abbia diritto ad una compensazione economica per la perdita o quando le leggi speciali espressamente prevedano tale circostanza, ma anche senza compensazione quando si tratta di atti ontologicamente precari, suscettibili per natura ad esser modificati¹⁴¹.

Da ultimo, sugli effetti della tutela dell'affidamento, il diritto positivo spagnolo non contempla in generale la tecnica della compensazione economica dell'affidamento soccombente di fronte all'interesse pubblico, ma solo l'impossibilità di esercizio dei poteri di autotutela se quell'affidamento è prevalente. Anche la soddisfazione dell'affidamento mediante ristoro economico è entrata tuttavia nello scenario spagnolo grazie alle leggi speciali che espressamente la contemplano e all'influenza del diritto tedesco.

5.4 Il legittimo affidamento nelle decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo

Infine, merita di essere ricordato che anche la Corte europea di diritti dell'uomo non è apparsa immune al fascino di questo principio, riconoscendo tutelabile come "bene" in senso lato, dunque nell'alveo della tutela della proprietà ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo della Convenzione europea di diritti dell'uomo, la c.d. "espérance légitime" o più correttamente «*l'espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété*»¹⁴². Con questa espressione si allude alla giurisprudenza di questa Corte che ha riconosciuto meritevole di tutela non solo il bene nel senso "puro" del termine ma anche la aspettativa, legittima e ragionevole, di pervenire al godimento effettivo di un bene.

¹⁴¹ Anche per questi profili si rinvia per un approfondimento a J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza*, cit., p. 1196.

¹⁴² Cfr. B. DELAUNAY, *Le contentieux des espérances légitimes en droit fiscal*, in T. Lambert (a cura di), *Le contentieux fiscal en débats*, L.G.D.J., 2014, p. 297, che ricorda che l'applicazione dell'articolo in esame suppone un ragionamento in tre tempi, il quale conduce a rispondere successivamente alle seguenti questioni: si è in presenza di un "bene" ai sensi di questo articolo? La normativa considerata colpisce questo bene? Questa lesione è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale? Sul tema in Italia cfr. G. MANDÒ, *La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *www.duitbase.it* e D. CORLETTI, cit., p. 105 e ss.

Emblematico e chiarificatore uno dei casi in cui per la prima volta viene affermato questo principio¹⁴³. Si trattava di un acquisto da parte di una società di un terreno, già corredato di un'autorizzazione a costruire; la stessa veniva tuttavia poi revocata sulla scorta di una sentenza della Corte Suprema irlandese. La Corte, anche se nel caso di specie non ha ritenuto integrata la violazione dell'art.1 suddetto, ha tuttavia affermato che, fino alla pronuncia di revoca della Corte Suprema irlandese, «*les requérants avaient pour le moins l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement; il faut y voir, aux fins de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1), un élément de la propriété en question*»¹⁴⁴.

Il principio comporta dunque che la nozione di “beni”, tutelabili ai sensi del protocollo sopra ricordato, possa riguardare tanto i beni effettivamente esistenti, quanto i valori patrimoniali, inclusi i crediti, in virtù dei quali il ricorrente può pretendere di avere almeno una “legittima aspettativa” di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà. Affinché la stessa possa essere considerata un elemento patrimoniale attivo, deve tuttavia essere legittima, ossia il singolo deve poter ragionevolmente attendersi di veder concretizzato un certo valore patrimoniale sulla base di un sufficiente fondamento giuridico nel diritto interno¹⁴⁵.

Interessante da ultimo il caso *Rowland v. The Environment Agency* del 2003, perché in esso la Corte, per definire se meritasse tutela il privato o l'autorità pubblica in relazione al godimento di un tratto di fiume Tamigi, ha riconosciuto l'esistenza di un'aspettativa ma ha deciso di non tutelarla a seguito di un vero e proprio bilanciamento tra i due interessi, a seguito del quale cui il sacrificio del privato non

¹⁴³ CEDU, *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda*, 29 novembre 1991, série A n. 222, p. 23, par. 51.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ In tal senso si veda, tra le più recenti CEDU, *Fabris c. Francia* [GC], 16574/08, 7 febbraio 2013 per cui «*article 1 of Protocol No. 1 does not guarantee the right to acquire possessions (...), in particular on intestacy or through voluntary dispositions (...). However, “possessions” can be either “existing possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right (...). A legitimate expectation must have a “sufficient basis in national law” (...). Likewise, the concept of “possessions” may extend to a particular benefit of which the persons concerned have been deprived on the basis of a discriminatory condition of entitlement (...). The issue that needs to be examined in each case is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1*»

appariva sproporzionato¹⁴⁶. Dunque anche se la Corte riconosce l'esistenza di una *espérance légitime* costituente un bene ai sensi della Convenzione, questa può essere rimessa in causa sulla base di un motivo di interesse generale di sufficiente valore¹⁴⁷.

Grazie a questo “escamotage” giuridico, la Corte Europea dei diritti dell'uomo è dunque riuscita a trasformare in un'utilità patrimoniale quell'aspettativa di ottenimento di un certo bene che si è visto fino ad ora essere invece tutelata, non per il tramite del diritto di proprietà, ma nell'ambito del sindacato sull'azione amministrativa¹⁴⁸, in cui l'affidamento assume meritevolezza di valore allorquando la sua perdita sia apprezzabile e “ingiusta” pur a fronte di un esercizio del potere amministrativo, ablativo di tale situazione, ma in sé legittimo¹⁴⁹.

6. Dibattito dottrinario intorno agli elementi fondativi del legittimo affidamento verso il potere amministrativo

6.1 Il binomio correttezza - sicurezza giuridica

¹⁴⁶ «The court had to determine whether there was a sufficient overriding public interest to justify a departure from what had previously been the defendant's practise, asking itself whether the application of a new policy to an individual who had been led to expect something different was a just exercise of power; on the facts, the Court was unable to conclude that the balancing exercise which had been carried out by the defendant and the result thereby produced were so unfair to amount to an abuse of power», CEDU, *Rowland v. The Environment Agency*, 19 dicembre 2003.

¹⁴⁷ Cfr. B. DELAUNAY, *cit.*, p. 309.

¹⁴⁸ Si è, sul punto, sottolineato come vi siano delle differenze tra il principio del legittimo affidamento (per esempio nell'ambito dell'Unione Europea) e *l'espérance légitime* della CEDU, nel senso che con riferimento al primo «*lorsque le juge communautaire identifie dans le chef d'une personne privée une confiance et que la balance des intérêts se fait au bénéfice de celle-ci, la confiance en question est protégée pour elle-même*», mentre, viceversa, quanto al secondo «*l'espérance légitime n'existe que pour donner naissance à un bien et, une fois ce dernier identifié elle fait corps avec lui jusqu'à y disparaître complètement*» (W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, Paris, Fondation Varenne-LGDJ, 2011 p. 165)

¹⁴⁹ Tra i casi nei quali viene applicato il principio si veda la decisione *Pressos Compania Naviera S.A. ed altre c. Belgio*, 20 novembre 1995, nella quale la Corte, chiamata a decidere in merito alla pretesa violazione da parte dello Stato del diritto dei ricorrenti al risarcimento dei danni, conseguenti ad un incidente aereo, conferma che anche un credito derivante da responsabilità aquiliana rientra nella nozione di bene tutelabile ai sensi dell'art. 1, Prot. 1, perché «*les requérants pouvaient prétendre avoir une “espérance légitime” de voir concrétiser leurs créances quant aux accidents en cause conformément au droit commun de la responsabilité*».

Fino a questo momento, nell'esposizione sin qui svolta, sono emerse due possibili "visioni" sulla *ratio* della tutela del legittimo affidamento nell'esercizio del potere amministrativo, che poi costituiscono senz'altro i principali schieramenti in materia. L'una ha fondato la tutela del legittimo affidamento nell'esercizio del potere amministrativo sul dovere di correttezza, come corollario della clausola generale di buona fede applicabile anche alla pubblica amministrazione¹⁵⁰; essa ha fatto appello ad un principio di diritto comune per motivare una regola dell'azione amministrativa. L'altra, originaria e dominante nella cultura tedesca¹⁵¹ (e quindi recepita a livello comunitario)¹⁵², ha ricollegato il principio del legittimo affidamento alla sicurezza giuridica, in un'ottica propria del diritto pubblico, quella dei rapporti tra cittadino e Stato. Sulla prima delle due si richiama a quanto già ricordato; sulla seconda è possibile svolgere alcune ulteriori considerazioni¹⁵³.

La certezza del diritto¹⁵⁴ può essere osservata sotto due punti di vista: «da un lato vi è la prospettiva che concerne la stabilità delle regole e delle posizioni

¹⁵⁰ F. MERUSI, *cit.*

¹⁵¹ Cfr. par. 3.2, cap. I.

¹⁵² Cfr. par. 3.3, cap. I.

¹⁵³ Nell'esaminare il dibattito sull'origine della tutela dell'affidamento è sembrato spesso impossibile disgiungere impostazioni teoriche formulate con riferimento all'affidamento nei confronti del potere amministrativo da quelle facenti invece riferimento all'affidamento nei confronti del legislatore. Ciò è avvenuto non per voler rinnegare quanto espresso nelle premesse ma perché, talvolta, le ragioni addotte come fondamento del principio erano idonee a ricomprendere l'origine dell'uno come dell'altro tipo di "affidamento". In questo senso basti pensare alla "sicurezza giuridica", nozione che trova applicazione con riferimento a tutti i poteri riconducibili allo Stato di diritto.

¹⁵⁴ Definire cosa si intenda precisamente con questa espressione è questione ardua; un'idea di questi concetti è resa bene da quanto scritto da alcuni dei più significativi autori che si sono occupati del tema. In questo senso, si è detto che «un ordine giuridico che non sia "certo", sul cui verificarsi non si possa "contare", è un ordine giuridico apparente, che smentisce e tradisce se stesso» (W. CESARINI SFORZA, *Diritto (principio e concetto)*, in *Enc. dir.*, 1964, XII). Ancora, «la legge fa sapere a ciascuno ciò che egli può volere: proprio in questo si realizza il beneficio, che è reso possibile dalla sua certezza» (P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 341 ss., ora in *Appendice* a F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, pp. 173-174). Altra dottrina, proprio con una piccante recensione dello scritto sopra ricordato, ricorda però: «questo fa sapere a ciascuno ciò che egli può volere è un beneficio che per poterlo godere bisognerebbe che le leggi fossero poche; ma invece sono molte, molte e si succedono rapidamente, anzi vertiginosamente l'una all'altra; e nel groviglio della loro moltitudine gli uomini si smarriscono come in un labirinto» (F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, p. 83). Sulla certezza del diritto in Italia, tra i moltissimi altri scritti, cfr. S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, 1961, vol. IX, p. 56 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 146 ss.

giuridiche dei cittadini; dall'altro vi è, invece, il punto di vista inerente alla certezza del diritto intesa come chiarezza e precisione del diritto e delle posizioni giuridiche»¹⁵⁵: il primo aspetto viene in rilievo con riferimento ai provvedimenti amministrativi individuali, mentre il secondo si riferirebbe agli atti normativi¹⁵⁶.

Ricondurre la tutela dell'affidamento da parte del pubblico potere alla certezza del diritto, equivale, allora, sostanzialmente a ricondurla allo Stato di diritto¹⁵⁷. Poiché in uno Stato di siffatta natura ogni cittadino gode del diritto di agire in un ordinamento "sicuro", al riparo dei rischi e dell'alea legata a mutamenti imprevisti della propria situazione giuridica, è l'esigenza di certezza nei rapporti giuridici, garantita dallo Stato di diritto, che impone di tutelare le aspettative generate da un comportamento della Pubblica Amministrazione.

Questa impostazione dottrinarica ha fatto leva, tra l'altro, sulla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, la quale, con riferimento alla questione della tutela del legittimo affidamento nei confronti del legislatore, sembra aver apertamente aderito a questa impostazione. La Corte, a partire dalla sentenza n. 416 del 1999, ha riconosciuto il valore autonomo del principio del legittimo affidamento ai fini del sindacato di legittimità costituzionale, riconducendolo all'art. 3 Cost.¹⁵⁸ ed al criterio di ragionevolezza della legge. In questo senso, la sentenza ricorda come al legislatore ordinario, fuori della materia penale, non sia inibito emanare norme con efficacia retroattiva, a condizione però che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi

¹⁵⁵ In questo senso D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. Amm.*, n. 4, 2008, p. 757.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ «Se si riconosce lo stato come ordinamento giuridico, ogni stato è uno stato di diritto e questo termine diventa pleonastico. Di fatto però lo si usa per designare un certo tipo di stato, e precisamente quello che risponde alle esigenze della democrazia e della certezza del diritto. "Stato di diritto" in questo senso specifico è soltanto un ordinamento giuridico relativamente accentrato, in base al quale la giurisdizione e l'amministrazione sono vincolate da leggi, cioè da norme generali emanate da un parlamento eletto dal popolo con o senza la collaborazione di un capo dello stato, posto al vertice del governo; i membri del governo sono responsabili per i loro atti; i tribunali sono indipendenti; certe libertà dei cittadini - specialmente la libertà di religione, di coscienza, di parola - sono garantite» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, p. 35)

¹⁵⁸ La necessità di un ancoraggio costituzionale risponde ad un mero formalismo processuale: l'obbligatoria indicazione della norma costituzionale violata è necessaria nella procedura di accesso alla Corte. Cfr. F. MERUSI, *cit.*, p. 6 e 7

costituzionalmente protetti. Tra questi vi rientra l'affidamento, che «non può essere leso da disposizioni retroattive, le quali trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti». La Corte va però oltre, qualificando tale affidamento come «affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica» nonché «essenziale elemento dello Stato di diritto»¹⁵⁹.

Possono essere ricondotti a questo ramo di studi anche quelli della dottrina francese che ha ripreso e sviluppato questo concetto usando l'espressione "*sécurité juridique*", una nozione definita quasi «assiomatica», poiché la sua evocazione non assumerebbe un significato particolare se non attraverso l'uso che decidono di farne gli attori, ed in particolare, i giudici, di ciascun sistema giuridico¹⁶⁰. L'espressione può comunque essere intesa come «*fiabilité du droit ou de l'ordre juridique*»¹⁶¹, quindi affidabilità del diritto e dell'ordine giuridico. La sicurezza comporta *in primis* la «prevedibilità» delle misure o dei comportamenti futuri del potere pubblico; essa presuppone poi la «accessibilità» (nel senso anche dell'intelligibilità) delle disposizioni prese e dei comportamenti adottati; da ultimo, ha per conseguenza la «stabilità» delle situazioni in vigore. L'affidamento si sviluppa allora dalla più ampia nozione di sicurezza giuridica perché costituirebbe un modo per mettere in valore la componente individuale di quest'ultima, se considerata nella prospettiva del cittadino interessato: «*la reconnaissance d'un principe de sécurité juridique permet au citoyen de prendre pour une donnée « faible » la portée juridique des décisions qu'il est amené à prendre*»¹⁶². Il fondamento del legittimo affidamento verso il potere amministrativo, così delineato, non si distingue da quello connotato in generale ad

¹⁵⁹ Cfr. Corte cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giur. Cost.*, 1999, 3625 con nota di P. CARNEVALE, «...Al fuggir di giovinezza.. nel doman s'ha più certezza» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*). L'espressione è stata ripresa *ex plurimis*, dalle sentenze n. 446/2002, 168/2004,

¹⁶⁰ Cfr. S. CALMES, *cit.*, p. 155.

¹⁶¹ Cfr. S. CALMES, *cit.*, p. 155. L'autrice, nel ricordare come la dottrina francese sia stata dibattuta sulla nozione, perché «*les tentatives de définition de la sécurité juridique se heurtent à de sérieuses difficultés*», riporta alcune delle definizioni che sono state date: «*rien d'autre que le nom donné par le juge aux manifestations de son équité et de sa discrétionnarité*»; una «*notion polysémique*»; un «*exigence plurivoque*».

¹⁶² Cfr. S. CALMES, *cit.*, p. 156 e ss.

un potere pubblico, dovendosi tale tutela imporre a tutti e tre i poteri dello Stato: il giudice, l'amministrazione ed il legislatore¹⁶³.

6.2 Soluzioni alternative nella dottrina straniera

Al di là del binomio sopra ricordato (buona fede - certezza del diritto), la dottrina, sia italiana che straniera, hanno saputo formulare molte altri possibili punti di vista nel dibattito in esame, di cui non si può che dare solo un accenno.

Per quanto riguarda in particolare la dottrina straniera, l'indagine scientifica sulle origini della tutela del legittimo affidamento ha condotto alcuni studiosi della dottrina tedesca a fondare la protezione dell'affidamento su uno o più diritti fondamentali, attraverso un rapporto di "derivazione" da questi ultimi. Pare essersi per questa via soddisfatta una necessità di legare il legittimo affidamento ad altre situazioni giuridiche meritevoli di tutela affinché anche esso stesso assumesse pari valore. Si sono così invocati, di volta in volta, la dignità umana, la libertà dell'individuo, l'uguaglianza, specie nella componente della non discriminazione, ma anche lo stesso diritto di proprietà¹⁶⁴. Di questi meccanismi è apparso affascinato anche il giudice tedesco, il cui ragionamento specifico su retroattività delle norme e tutela del legittimo affidamento pare, talvolta, essersi tradotto proprio in una valutazione del peso dell'interesse pubblico rispetto a questi diritti fondamentali dei cittadini e della sua eventuale inderogabilità in confronto al sacrificio imposto, in concreto, alle posizioni giuridiche del cittadino che si contrappongono alla modifica normativa¹⁶⁵.

¹⁶³ «*La sécurité juridique s'impose aux trois pouvoirs étatiques, différenciés par un critère organique*»; «*globalement, la force de chose jugée des décisions du juge doit être respectée, la stabilité des mesures de l'administration garantie, et la rétroactivité des actes du législateur limitée, même si la sécurité juridique ne revêt pas les mêmes exigences à l'encontre du juge, de l'administration ou du législateur*» (S. CALMES, *cit.*, p. 141).

¹⁶⁴ In relazione al diritto di proprietà si rinvia anche alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulla la c.d. "espérance légitime" di cui al cap. II, par. 5.5.

¹⁶⁵ Cfr. D. U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. TAR*, fasc.6, 2008, pag. 1899 che analizza alcune interessanti decisioni della giurisprudenza tedesca da cui si evidenzia questo approccio del giudice costituzionale tedesco.

Quanto *in primis* alla dignità umana, si è detto nella dottrina tedesca che tale principio sarebbe alla base dello Stato di diritto e che dunque sarebbe il fondamento ultimo sui quali riposano sia il principio di buona fede che la sicurezza giuridica che la protezione dell'affidamento¹⁶⁶.

Quanto alla libertà, coloro che ne hanno sottolineato il legame con l'affidamento hanno ricostruito quest'ultimo come una sorte di autolimitazione dello Stato di diritto, che ha per scopo di garantire al singolo il massimo della sua libertà di azione e di impedire delle restrizioni inammissibili alla sua determinazione personale; la soppressione retroattiva o brutale della validità delle basi giuridiche determinate costituisce, conseguentemente, un attentato alla libertà¹⁶⁷. Anche la Corte Costituzionale tedesca si è mostrata incline a questa ricostruzione, definendo il diritto fondamentale di libertà come comprensivo anche della possibilità di "organizzare" la vita secondo i propri progetti ed una simile organizzazione presuppone che il cittadino possa apprezzare con certezza gli interventi dello Stato nel suo campo di azione individuale¹⁶⁸.

L'ancoraggio tra l'uguaglianza ed il legittimo affidamento si fonda invece sulla considerazione del principio di uguaglianza come fonte del divieto per l'amministrazione di scostarsi senza ragione valida dal precedente e dalla prassi fin a quel momento seguita. Tramite l'uguaglianza e la non discriminazione tra situazioni disciplinate con la nuova e la vecchia prassi sarebbe quindi possibile proteggere la fiducia che gli interessati abbiano riposto in queste pratiche¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. B. WEBER DÜRLER: *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Helbing und Lichtenhahn*, Basel, 1983.

¹⁶⁷ Cfr. E. GRABITZ, «*Vertrauensschutz als Freiheitsschutz*», *Deutsche Verwaltungsblätter*, Köln, 1973.

¹⁶⁸ «*As measured against this, the rule under review is not constitutionally objectionable; it is justified by reasons of legal certainty. Legal certainty is an essential element of rule of law and thus a fundamental principle of the Basic Law (...). This commitment to law is indispensable for a system that claims to observe the ideals of dignity, freedom and equality of humans, as well as social justice. Freedom moreover requires that the legal system be dependable, since freedom means, above all, the possibility of structuring one's own life according to one's own notions. An essential condition for this is that the circumstances and factors that are able to have a lasting effect on the possibilities for structuring such notions and on their implementation -- in particular, the effects on this by the State -- can be assessed, as far as possible, with certainty*» (BVerfGE 60, 253, 20 aprile 1982, disponibile in inglesesuwwww.utexas.edu).

¹⁶⁹ Cfr. N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1986.

Sui rapporti tra proprietà e legittimo affidamento, è ancora, *in primis*, la giurisprudenza tedesca ad avere talvolta configurato una sorta di “funzione di garanzia della proprietà”, consistente nella sicurezza giuridica assicurata all’interessato per quello che concerne i beni oggetto della proprietà, in particolare come protezione dell’affidamento nel mantenimento della stessa. La garanzia della proprietà e dei beni materiali non costituisce tuttavia una barriera insormontabile per il legislatore, quando le riforme sono necessarie: costui potrà trasformare singole posizioni giuridiche, senza violare in tal modo il diritto di proprietà, per l’interesse generale e tenendo conto del principio di proporzionalità¹⁷⁰.

Un’altra componente degli studi stranieri sul legittimo affidamento, rinvenibile nella dottrina francese, per individuarne il primo fondamento, ha fatto leva sullo stesso principio democratico e sullo stato di diritto sociale. In buona sostanza, sotto il primo profilo, sarebbe lo stesso principio democratico che dovrebbe garantire, tra i vari diritti, la protezione del legittimo affidamento, assimilabile ad essi¹⁷¹. Si è, tuttavia, sottolineato come il richiamo alla democrazia appaia poco congruente perché essa esprime piuttosto proprio una rinuncia a se stessi, a favore dell’interesse pubblico¹⁷².

Quanto, da ultimo, al fondamento del legittimo affidamento nello Stato sociale, una parte della dottrina tedesca ha ritenuto che il legame opererebbe, per esempio, nel fatto che sarebbe inammissibile in uno Stato in cui opera una giustizia sociale che gli ambienti economicamente e socialmente sfavoriti della popolazione subiscano un danno per la fiducia investita nello Stato e poi disattesa¹⁷³. Si tratta, tuttavia, di una

¹⁷⁰ Cfr., tra le varie, BVerfGE 31, 275, 8 Luglio 1971.

¹⁷¹ Già un pubblicista francese dei primi del 1900 affermava «que l’Etat respecte la parole donnée (et, par suite, la confiance des citoyens), voilà ce qui est censé constituer le *summum* de la démocratie» (M. J. REDOR, *De l’Etat légal à l’Etat de droit, L’évolution des conceptions de la doctrine publiciste française*, 1879-1914, Paris, 1992, 291 e ss.).

¹⁷² Cfr. S. CALMES, *cit.*, p. 51, la cui riflessione è ispirata dalle parole di Montesquieu: «*la vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très-pénible. On peut définir cette vertu, l’amour des lois et de la patrie. Cet amour, demandant une préférence continuelle de l’intérêt public au sien propre, donne toutes les vertus particulières : elles ne sont que cette préférence. Cet amour est singulièrement affecté aux démocraties. Dans elles seules, le gouvernement est confié à chaque citoyen*» (MONTESQUIEU, *L’esprit des lois*, libro IV, Cap. V, su <http://fr.wikisource.org>).

¹⁷³ H. KELLNER, *Auskünfte und Zusagenüberkünftige Verwaltungsakte*, Diss. Jur., Munster, 1966, p. 166 e ss.

teoria del tutto minoritaria, che non ha preso piede a fronte della maggioritaria, che abbiamo visto invece fare riferimento allo Stato di diritto per il tramite della certezza del diritto.

6.3 Soluzioni alternative nella dottrina italiana

Quanto alla dottrina italiana, essa è sembrata soprattutto intenta alla ricerca di disposizioni all'interno della Costituzione italiana che fossero idonee a costituire la base giuridica per la tutela del legittimo affidamento.

In questo senso, si è per esempio affermato che pur essendo le limitazioni poste alla revocabilità degli atti amministrativi riconducibili tra i casi concreti di applicabilità della buona fede, quest'ultima si ricollega al dovere di imparzialità, cui all'art. 97 Cost. Secondo questa tesi, poiché l'amministrazione deve essere imparziale, come imposto dalla Costituzione, l'attività amministrativa si esplica attraverso una funzione in cui i cittadini sono "collaboratori" diretti, quali privati interessati dalle definizioni di quel caso specifico, ed il procedimento è una collaborazione tra soggetti privati e amministrazione. In questa relazione entra allora in gioco la buona fede, da intendere in senso unitario (senza distinzione tra profilo soggettivo ed oggettivo): essa è principio regolatore di questo come di tutti i rapporti di collaborazione e tra i casi concreti di applicazione ad essa riconducibili, oltre per esempio ai doveri di informazione e soccorso ovvero rispetto e cooperazione, vi sono anche le limitazioni poste alla revocabilità degli atti¹⁷⁴.

Ancora, si è altrove sostenuto che l'obbligo di correttezza deve essere ricondotto, sullo spunto delle tesi di Rodotà¹⁷⁵, nel dovere di solidarietà sociale e di *neminem ledere* di cui all'art. 2 della Costituzione e consiste nel dovere, cui tutti i

¹⁷⁴ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

¹⁷⁵ L'autore, a seguito di un'accurata analisi sulle indicazioni ricavabili dalla Costituzione per determinare il contenuto della correttezza, giunge alla conclusione che «l'art. 2 ribadisce, con un singolare ritorno terminologico, la necessità di un agire corretto in base alla solidarietà», mentre gli artt. 36 e 37 ne chiariscono il senso concreto e l'art. 41 «fornisce un chiarimento ulteriore, tanto per ciò che riguarda i rapporti interindividuali, quanto per ciò che ha riferimento alla più generale armonizzazione dell'attività dei privati con i fini sociali dell'ordinamento» (S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 174 e 175).

soggetti sono tenuti, di agire senza recare danno ad altri, anche esercitando i propri diritti¹⁷⁶. Applicato alla pubblica amministrazione, esso fa sì allora che «le norme sul procedimento e sull'accesso possano essere considerate esemplificazione normativa della vigenza nel nostro ordinamento del principio di buona fede»¹⁷⁷ e tra queste i limiti all'esercizio dell'autotutela. Anche la tutela dell'affidamento troverebbe dunque da ultimo la sua linfa nella disposizione sopra ricordata perché la completezza del procedimento amministrativo e le garanzie procedurali che lo strutturano fanno sì che il privato possa fare affidamento sulla stabilità della decisione assunta a seguito del procedimento¹⁷⁸. L'affidamento è dunque «uno dei possibili elementi indicativi della correttezza, che rimane l'unico oggetto dell'accertamento giudiziale»¹⁷⁹.

Un'ulteriore variante, pur partendo anche essa dall'obbligo di buona fede, afferma che non vi sarebbe solo un obbligo di ponderazione dell'affidamento ma una «tendenziale conservazione delle posizioni acquisite»¹⁸⁰. Quando il potere discrezionale è già stato esercitato gli interessi oggetto della originaria scelta discrezionale non sono più interessi in conflitto tra loro ma «posizioni soggettive caratterizzate dal loro inserimento nel potere obiettivo»¹⁸¹. Da ciò il principio per cui «l'esistenza di rapporti costitutivi e favorevoli ai privati possa costituire, in relazione ai procedimenti di secondo grado e modificativi (non di secondo grado) un limite superabile solo mediante specifica, analitica e congrua motivazione»¹⁸².

Ancora, in altra corrente di pensiero, si è enfatizzato il principio di proporzionalità dell'intervento legislativo rispetto al sacrificio imposto al privato, per cui la tutela del legittimo affidamento, ove specificamente rapportata all'attività del

¹⁷⁶ F. MANGANARO, *cit.*, p. 113 e ss.

¹⁷⁷ *Ivi*, p. 147.

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 148.

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 202.

¹⁸⁰ A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, p. 144.

¹⁸¹ *Ivi*, p. 140.

¹⁸² *Ivi*, p. 143.

legislatore, si sostanzierebbe in una decisione più sul “come” della modifica normativa, che non sul “se” della stessa, attraverso un accertamento in concreto e facendo debita applicazione del principio di proporzionalità con i suoi tre distinti parametri di giudizio della idoneità, della necessità e della proporzionalità¹⁸³.

Ma in questo contesto non si può non dar atto anche di una dottrina differente, la quale ha riletto la tutela dell'affidamento in una chiave nuova. Da quanto fin qui esposto risulta chiaramente che il momento significativo della tutela nel principio del legittimo affidamento è quello “ponderativo”, ossia la necessità di bilanciare l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento vantaggioso per il privato con l'interesse dello stesso beneficiario al suo mantenimento. Il richiamo alla suddetta comparazione tra interessi privati e pubblici evoca allora la nozione di discrezionalità amministrativa e pone il problema di verificare se la tutela “ponderativa” dell'affidamento sia qualcosa di diverso rispetto al mero esercizio di un potere discrezionale, ossia di un potere in cui la cura dell'interesse pubblico è rimessa ad una scelta, quindi ad una comparazione tra i vari interessi presenti, quello primario (dell'amministrazione competente), e quelli secondari (pubblici o privati), che con esso si confrontano¹⁸⁴. Tale dottrina ha compiuto questo tipo di indagine, partendo proprio dal dubbio che oggi non esista un principio di legittimo affidamento in sé, ma che la presa in considerazione dell'affidamento non sia altro che l'applicazione degli ordinari criteri per l'esercizio del potere discrezionale che impongono di tener in conto tutti gli interessi presenti al momento dell'esercizio del potere amministrativo¹⁸⁵. Analizzando, in particolare, la prima giurisprudenza che, come si è visto, ha cominciato a tutelare indirettamente l'affidamento, ponendo dei limiti ai

¹⁸³ Cfr. D. U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria*, cit. (della stessa autrice anche la monografia sul tema, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998). Sul principio di proporzionalità v. anche A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, 2011; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

¹⁸⁴ Cfr. nota 56.

¹⁸⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005, 846 e ss.

poteri di autotutela¹⁸⁶, si è evidenziato come in questo iniziale contesto la situazione personale del beneficiario del provvedimento venisse in rilievo solo in quanto componente delle circostanze di fatto che erano presenti al momento della decisione circa l'annullamento, così come la buona fede soggettiva dello stesso appariva irrilevante. In buona sostanza, l'annullamento d'ufficio, in quanto atto discrezionale, doveva tener conto degli interessi presenti nella situazione esistente, ivi compresi quelli introdotti per effetto dell'emanazione del provvedimento del cui annullamento si doveva decidere. Non era dunque l'affidamento il motivo di questa tutela bensì il perseguimento dell'interesse pubblico¹⁸⁷.

Da queste considerazioni l'affermazione che anche oggi i termini della questione non siano poi così diversi perché se si ammette che l'annullamento deve essere giustificato da un interesse pubblico attuale, «si deve ammettere anche che l'interesse del destinatario, che è presente nella situazione data, debba essere preso in considerazione»¹⁸⁸. La rilevanza dell'affidamento deriva quindi dallo stesso carattere della decisione discrezionale, che è, per definizione, valutazione di tutti gli interessi presenti nella situazione esistente al momento dell'assunzione della decisione: «come in un gioco di prestigio, la teoria dell'affidamento quale pretesa alla corretta considerazione dell'interesse del cittadino all'interno del procedimento di autotutela, fa sparire, nel momento stesso in cui l'affirma, l'affidamento come posizione giuridica autonoma, direttamente protetta»¹⁸⁹. Ne deriva che «la tutela pubblicistica dissolve l'autonoma posizione giuridica dell'interessato nell'ordinaria aspettativa del cittadino a che il potere amministrativo che lo riguarda sia esercitato correttamente»¹⁹⁰.

Si tratta di riflessioni che presuppongono una concezione dell'interesse pubblico perseguito non solo come attuale ma come “onnivoro”, ossia includente

¹⁸⁶ Cfr. cap. I, par. 2.2.

¹⁸⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *cit.*, p. 851.

¹⁸⁸ *Id.*, *cit.*, p. 858.

¹⁸⁹ *Id.*, *cit.*, p. 863.

¹⁹⁰ *Id.*, *cit.*, p. 864.

anche la considerazione necessaria della tutela dei privati che perseguono interessi in contrasto con quello pubblico.

In senso analogo, altra dottrina ha sottolineato come, in sede di autotutela, sia vero che l'amministrazione, nella comparazione fra le tre specie di interessi (interesse pubblico, interesse del destinatario, interesse del controinteressato), sia tenuta ad accertare quale sia interesse prevalente, valutando anche l'intensità di ciascuno di essi, ma tale vicenda può essere riletta anche in termini diversi: l'interesse pubblico che l'autorità deve curare si può pensare, piuttosto che preconstituito e contrapposto agli interessi privati, come «il frutto del confronto con questi ultimi (dei quali deve comunque tenersi conto)», ossia come «l'interesse che scaturisce dal bilanciamento degli interessi in gioco»¹⁹¹. Da ciò deriva che nella vicenda comparativa sopra prospettata «nonostante le apparenze, è sempre l'interesse pubblico a prevalere»¹⁹².

¹⁹¹ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 306.

¹⁹² *Ibidem*.

CAPITOLO II
LA TUTELA “PONDERATIVA” DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO
AFFIDAMENTO: IL RILIEVO DELL’AFFIDAMENTO NELL’ESERCIZIO
DELLA DISCREZIONALITA’ AMMINISTRATIVA

1. Il campo di operatività per eccellenza: i provvedimenti di secondo grado della pubblica amministrazione

1.1 Il legame tra poteri di riesame e revisione ed affidamento

Si è osservato nel primo capitolo come il legittimo affidamento da situazione giuridica soggettiva di diritto privato, estranea alle dinamiche tipiche del potere amministrativo, abbia assunto nel tempo un ruolo significativo anche nei confronti della pubblica amministrazione, tramite il profilarsi di un principio dell’azione amministrativa detto, per l’appunto, “principio del legittimo affidamento”.

Il principio del legittimo affidamento trova la sua massima espressione nell’esercizio dei poteri di riesame e revisione: l’aspettativa del privato è, e deve necessariamente essere, uno di quegli interessi privati secondari da ponderare quando la pubblica amministrazione ritenga opportuno esercitare, nuovamente, il potere amministrativo tramite un provvedimento di secondo grado. La tutela “ponderativa”

costituisce, dunque, il nucleo di tale regola del potere amministrativo nella sua comune accezione. La tutela dell'affidamento, ormai radicata nel tessuto ordinamentale, si lega, dunque, a doppio nodo, con la c.d. autotutela amministrativa.

Come noto, soprattutto prima dell'entrata in vigore di disposizioni dal carattere generale in materia¹, l'indagine scientifica si è a lungo soffermata sull'origine di siffatto potere e sulla sua natura, formulando una varietà di ricostruzioni dogmatiche di questo fenomeno². Era *in primis* comunemente diffusa ed accettata la convinzione che il potere amministrativo di ritirare i propri atti viziati dovesse essere configurato come un "privilegio" dell'amministrazione³, un'eccezione giustificabile al tradizionale principio generale del diritto per cui nessuno può farsi giustizia da sé⁴.

¹ Prima della entrata in vigore di una disciplina legale di carattere generale, a regolamentazione dei poteri di autotutela, la questione della natura giuridica di questi si poneva per un'esigenza basilare: chiarire se si trattasse di poteri generali o viceversa utilizzabili solo nei casi in cui fossero stati espressamente previsti dal legislatore. Un dibattito di questo tipo ha interessato in particolare la revoca, nel quale non era mancato chi aveva sostenuto che essa fosse retta da un principio di tassatività, anche proprio in considerazione della volontà di difesa delle situazioni giuridiche soggettive altrimenti esposte alla caducazione: la tassatività è «*la prima e più determinante positivizzazione del principio dell'affidamento*» (S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, vol. II, p. 665). Per un'analisi del dibattito sulla revoca cfr. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, p. 79 e ss.

² Per un approfondimento delle varie posizioni della dottrina cfr. R. CHIEPPA, voce *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 2008, p. 910 e ss.

³ «Secondo la tradizione soprattutto giurisprudenziale, l'autotutela è una potestà di cui godono le amministrazioni pubbliche, di realizzare unilateralmente e mediante uffici propri le proprie pretese, senza dover ricorrere al ministero del giudice. In origine l'autotutela era quindi un *privilegium fisci*; l'evoluzione legislativa è stata nel senso di disciplinare proceduralmente l'esercizio della potestà di autotutela, e di ammettere il sindacato giurisdizionale dei provvedimenti in esercizio della potestà» (così scriveva M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 395). Cfr. anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, Napoli, p. 196 per cui «l'autotutela viene posta dall'ordinamento al servizio della soddisfazione degli scopi istituzionali delle pubbliche Amministrazioni (ha quindi carattere sussidiario), e consiste nella possibilità, che l'ente possiede, di farsi giustizia da sé (naturalmente secondo diritto) per le vie amministrative (e salvo ogni sindacato giurisdizionale: a. 113 Cost)».

⁴ Nel diritto privato l'autotutela, fatta eccezione per le ipotesi espressamente previste, non è consentita, poiché farsi giustizia da sé costituisce un illecito penale, rientrante nella fattispecie di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, ai sensi degli artt. 392 e 393 c.p. Nel diritto internazionale, invece, l'autotutela non è di per sé antiggiuridica, anche quando consiste nella violazione di norme internazionali, perché diretta a ristabilire l'ordine violato attraverso la cessazione dell'illecito. Pertanto le azioni dirette in tal senso non possono essere considerate antiggiuridiche ma anzi, all'opposto, costituiscono cause escludenti l'illiceità del fatto, come nel caso della legittima difesa o delle contromisure (rappresaglie) (v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 328 e ss.). Per un approfondimento dell'istituto dell'autotutela nel diritto amministrativo cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 2010, p. 281.

Nello specifico, il potere di riesame⁵, era qualificato in diverso modo⁶: vi era chi sosteneva che lo stesso sarebbe espressione di un potere di controllo dell'amministrazione nei confronti dei propri atti, per accertarne la legittimità (così ragionando si configura come vincolato e volto al mero ripristino della legalità violata)⁷; chi ne riconduceva l'origine nel potere della pubblica amministrazione di impugnare davanti a se stessa i propri provvedimenti, ossia la c.d. autoimpugnativa (con la conseguenza che, anche qui, l'attività doveva essere configurata come doverosa)⁸.

Una delle tesi più quotate era poi quella per cui i poteri di riesame e revisione risalissero alla c.d. autotutela amministrativa nella veste "decisoria", ossia «quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese»⁹. Da ciò non conseguirebbe che

⁵ Il potere di riesame è, come noto, parte dei poteri comprendenti la c.d. autotutela la quale, invece, secondo tradizionale dottrina, non si riconduce solo a questo tipo di funzioni amministrative (si fa riferimento alla storica classificazione di F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 537, per la quale si rinvia alla nota 9). In particolare i procedimenti di "riesame" si concretizzano in una nuova analisi dell'atto amministrativo per verificarne la validità; quelli di "revisione", in una analisi dei suoi effetti al fine di vagliarne la permanente rispondenza all'interesse perseguito.

⁶ Non potendo darsi in tale sede atto di tutte le varie posizioni che la dottrina assunse in merito ci si limita a ricordare, oltre alle tesi di alcuni autori che verranno nel proseguo ricordate, come l'elaborazione dottrinale iniziale, nel tentativo di elaborare la nozione, richiamasse il potere di esecuzione diretta dei provvedimenti amministrativi (la c.d. esecutorietà dei provvedimenti), mentre grazie a contributi successivi, come quello di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, rist. 1992, p. 1448 e ss, il potere di autotutela si affrancò dalla sua prima nozione a favore di quella di un potere di verifica da parte della pubblica amministrazione della validità dei suoi provvedimenti e conseguente ritiro degli stessi.

⁷ Cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, p. 88 e ss, secondo cui «là dove la tutela dell'interesse pubblico, sotto forma di guarentigie istituzionali o controlli, non riesce ad impedire l'emanazione di atti amministrativi invalidi e la produzione dei loro effetti, subentrano i controlli repressivi»; «con essi l'Amministrazione attua quella che è stata significativamente chiamata la sua autotutela, mediante l'emanazione di atti che hanno la loro causa nella soppressione di atti amministrativi riconosciuti contrari all'interesse pubblico»; salvo casi eccezionali, come regola generale, «deve affermarsi il principio dell'obbligo giuridico dell'Amministrazione di sopprimere i suoi atti viziati così per illegittimità come per inopportunità».

⁸ Cfr. U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi*, Firenze, 1939.

⁹ Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 537 ss. Secondo l'autore l'autotutela assume una nozione molto ampia, ricomprendendo non solo la c.d. autotutela decisoria, sopra ricordata, ma anche quella esecutiva. Quest'ultima si identifica con l'attività dell'amministrazione diretta all'esecuzione coattiva degli atti provvedimentali, oggi riconducibile ai concetti di esecutorietà del provvedimento (art. 21-ter l. n. 241 del 1990) ed esecutività dello stesso

l'autotutela decisoria sia assimilabile ad una "giurisdizione", con la conseguenza che dovrebbe essere imparziale e neutra, ma essa rimarrebbe, pur sempre, una manifestazione "amministrativa" dell'amministrazione¹⁰.

E' noto come, a fianco a tutte queste dottrine che hanno ricostruito gli atti di secondo grado come esercizio di un potere diverso da quello sul quale l'amministrazione interviene, ossia il potere esercitato "in prima battuta", negli ultimi anni si sia diffusa una nuova impostazione teorica, che ha fatto leva proprio sul primo esercizio autoritativo, sottolineando come il fondamento dell'annullamento d'ufficio o della revoca degli atti amministrativi risieda nello stesso potere di amministrazione attiva e, in particolare, nella norma che attribuisce l'originario potere amministrativo di emanare il provvedimento soggetto a riesame¹¹. Il potere amministrativo non si consuma con il suo esercizio, ma, viceversa, continua ad esistere dopo di esso perché è l'interesse pubblico, cui esso è preposto, che non si esaurisce. Se l'interesse pubblico "attuale" ne giustifica un nuovo esercizio allora quel potere sarà, ancora una volta, esercitato.

Questa ultima ricostruzione, che appare la più soddisfacente, ha il pregio di permettere di qualificare questo esercizio "progressivo", o "a più riprese", del potere amministrativo nell'ambito di una fattispecie unitaria, con la conseguenza che un provvedimento illegittimo, che sia tuttavia in seguito ritualmente ritirato o modificato da parte dell'amministrazione, è parte di una fattispecie che nel suo complesso è

(art. 21-*quater* della stessa), intendendosi con la prima l'attitudine del provvedimento ad essere portato immediatamente ad esecuzione (c.d. esecutività), con la seconda quella ad essere attuato coattivamente (c.d. esecutorietà). Secondo la dottrina suddetta, l'autotutela decisoria potrebbe poi a sua volta distinguersi nelle tre sottocategorie dell'autotutela c.d. spontanea, autotutela decisoria c.d. necessaria e autotutela contenziosa. L'autotutela c.d. spontanea comprende quell'attività di rivalutazione delle situazioni di fatto e di diritto poste alla base di un dato provvedimento amministrativo ad opera della stessa autorità che ha adottato l'atto o di autorità diversa. Si tratta, dunque, di un'attività molto affine alle nozioni di riesame e revisione oggi comunemente presenti, quella di un potere discrezionale, spontaneo, non volto al mero ripristino della legalità in quanto tale ma strumentale alla cura degli interessi pubblici affidati all'azione della pubblica amministrazione. L'autotutela decisoria c.d. necessaria fa riferimento, invece, al potere esercitato dall'amministrazione nell'esercizio dei poteri di controllo. Si tratta, dunque, di poteri di natura vincolata, essendo la p.a. in questo caso obbligata al ripristino della legalità violata. Da ultimo, con l'autotutela contenziosa, si fa invece riferimento al potere esercitato dalla p.a. sempre di tipo decisorio ma su ricorso del destinatario dell'atto, quindi in funzione giustiziale.

¹⁰ F. BENVENUTI, *cit.*, 540.

¹¹ Si fa riferimento alle acute riflessioni di G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, 2008, 300 e ss.

perfettamente legittima. La stessa dottrina permette, inoltre, di cogliere come il potere di riesame non possa qualificarsi come un potere obbligatorio ma soltanto discrezionale, salvo rare eccezioni¹². Questi elementi sono dei punti dati per acquisiti e che vedremo essere essenziali nell'analisi del meccanismo ponderativo insito nel principio del legittimo affidamento.

1.2 Il ruolo dell'affidamento in sede di annullamento d'ufficio e revoca nel modello prospettato dal legislatore

A far chiarezza sulla complicata vicenda dei poteri di riesame e revisione interviene, finalmente, il legislatore, attraverso l'inserimento, con la legge n. 15/2005, del capo IV-*bis* nella legge generale sul procedimento del 1990 che espressamente disciplina come e con quali provvedimenti l'amministrazione può esercitare il suo potere "di secondo grado". Sono così codificati gli istituti della revoca (art. 21-*quinquies*), dell'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*)¹³.

Un primo effetto è così tangibile ed immediato. Da tale intervento di positivizzazione della materia, il potere in esame non può più essere inteso come un privilegio dell'amministrazione bensì come un potere, normato, la cui presenza è ontologicamente necessaria al fine del miglior perseguimento dell'interesse pubblico¹⁴.

¹² Sarebbero, ad esempio, atti dovuti l'annullamento di atti illegittimi conseguenti alla invalidità dichiarata da sentenza, o da un'autorità di controllo, oppure di atti consequenziali rispetto a quelli annullati in sede di giurisdizione, casi in cui l'autorità amministrativa è obbligata a procedere in tal senso anche in assenza di specifiche ragioni o di domanda degli interessati. Sul tema si tornerà quando ci si soffermerà sul c.d. annullamento *in re ipsa* (v. par. 1.3.2 di questo capitolo).

¹³ Già prima della legge di riforma del 2005 l'applicazione giurisprudenziale e il dibattito dottrinario avevano portato a ritenere presenti varie tipologie di provvedimenti di secondo grado, come l'annullamento, la revoca, la decadenza ed il mero ritiro. Vi era tuttavia profonda incertezza sulla distinzione tra queste nozioni così che anche le distinzioni tra di esse apparivano alquanto labili e vacillanti. Per un approfondimento sulle nozioni di questi provvedimenti ante 2005 cfr. R. GARAFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1309 e ss.

¹⁴ Anche se il legislatore ha ancora usato, in seguito, la non felice espressione "autotutela" con riferimento a questi provvedimenti ormai "codificati", come nel caso della segnalazione certificata di inizio attività (Scia): «è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* nei casi di cui al comma 4 del presente articolo» (art. 19, l. n. 241 del 1990).

Orbene, appare allora necessario soffermarsi su queste disposizioni¹⁵, per discenderne in che modo le stesse abbiano dato concretizzazione alla tutela dell'affidamento, con una premessa: si tratta di disposizioni dal carattere generale, che dunque non escludono la presenza di molte altre disposizioni di carattere speciale, che costituiscono la base giuridica per l'adozione di puntuali e diverse determinazioni in riesercizio del potere¹⁶.

La prima norma oggetto di esame è l' art. 21-*quinquies*, avente ad oggetto la revoca¹⁷. L'articolo consente di revocare il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario»¹⁸.

¹⁵ Non sarà considerato l'istituto della convalida che, invece, opera in senso favorevole all'affidamento, trattandosi di quel provvedimento con cui la pubblica amministrazione convalida il provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole (art. 21-*octies*).

¹⁶ Si pensi, tra i più diffusi, al potere regionale di annullamento di provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici, o dei regolamenti edilizi, o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia, ai sensi dell'art. 39 del T.U. sull'edilizia. Per una breve rassegna v. R. CHIEPPA, *cit.*, p. 912.

¹⁷ Sul tema in dottrina, oltre ai contributi ricordati nella nota 2, v. anche R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, 195 ss.; A. TRAVI, *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005 e l'analisi economica del diritto*, *ivi*, 207 ss.; S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti amministrativi incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013.

¹⁸ La disposizione è stata novellata dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. Sblocca Italia), convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164. Il testo antecedente era il seguente: «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge». Dall'intervento del legislatore emergono allora due profili diversi: con riferimento alla causa del «mutamento della situazione di fatto» si aggiunge la locuzione «non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento»; per quanto riguarda invece la «nuova valutazione dell'interesse pubblico originario» si aggiunge che ciò è possibile «salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici». La novellazione del 2014 sembra dunque aver ulteriormente limitato i margini di operatività della revoca a tutto vantaggio della posizione del privato. Il mutamento della situazione fattuale deve essere infatti al di fuori dall'ambito di prevedibilità di cui l'amministrazione disponeva già quando ha adottato il provvedimento; ma soprattutto, quanto al caso dello *ius poenitendi*, esso non è giusta causa di revoca

Si tratta di ragioni che, come da tradizione, vengono definite di “opportunità”, ossia la revoca è ammessa indipendentemente dall’esistenza di un vizio presente nell’atto che si intende ritirare ma in virtù di una riscontrata inopportunità della precedente ponderazione (sarebbe il caso dello *jus poenitendi*) ovvero per circostanze sopravvenute idonee a rendere successivamente inopportuni il provvedimento (mutamento della situazione di fatto ovvero sopravvenuti motivi di interesse pubblico). Per questo motivo la revoca comporta la cessazione degli effetti del provvedimento *ex nunc*, incidendo sul solo rapporto e non sull’atto.¹⁹ La revoca può avvenire sia ad opera dell'organo che lo ha emanato, sia da altro organo previsto dalla legge.

Il legislatore ha poi esplicitamente considerato la posizione dei soggetti direttamente interessati che subiscano un pregiudizio dalla revoca, stabilendo un obbligo generale per l’amministrazione di «provvedere al loro indennizzo». Quindi, laddove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea²⁰ incida su rapporti negoziali, ha specificato che l’indennizzo liquidato dall’amministrazione agli interessati è «parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell’eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell’atto amministrativo oggetto di revoca all’interesse pubblico, sia

con riferimento a provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Il che significa che l’affidamento del privato, in questi casi, gode di una tutela garantita dalla stessa legge che, anticipando la valutazione dell’amministrazione, ha ritenuto prevalente l’interesse del privato rispetto a quello dell’amministrazione (che nella sostanza costituisce un mero “ripensamento”).

¹⁹ «A ben considerare, essendo la revoca atto estintivo del rapporto, non può avere effetto che da quando acquista la sua efficacia; il dubbio circa il tempo dell’avverarsi dell’effetto proviene da un falso parallelismo con l’annullamento: solo che questo è rimozione dell’atto per eccellenza, mentre la revoca è rimozione per perversione del risultato» (M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 392). La circostanza che la revoca incida sul rapporto e quindi sull’efficacia del provvedimento fa sì che essa possa essere adottata nei confronti dei soli provvedimenti ad efficacia durevole, ossia ancora idonei a produrre effetti nel momento in cui l’amministrazione provvede a rivalutare l’opportunità del provvedimento. Non sono invece revocabili i provvedimenti ad efficacia istantanea e quelli che hanno comunque già esaurito i loro effetti al momento in cui l’amministrazione potrebbe disporre la revoca.

²⁰ La dottrina si è interrogata su come debba intendersi questo riferimento agli atti ad efficacia istantanea. Con riferimento ad atti i cui effetti si sono già esauriti, non si comprende, infatti, come possa essere rivalutato il profilo dell’opportunità al fine di rendere, attraverso la revoca, il provvedimento idoneo a produrre ulteriori effetti. Si è così sottolineato come l’unica interpretazione plausibile sia ritenere che il legislatore abbia voluto fare riferimento agli atti ad efficacia istantanea, allorché non siano stati portati ad effetto (R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 602 e ss).

dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico»²¹.

Sul ruolo dell'affidamento dei privati in sede di revoca possono dunque essere svolte alcune considerazioni. La valutazione dell'affidamento del privato non rientra in modo esplicito nei presupposti per l'esercizio del potere di revoca. Ciò nonostante, esso pare rientrarvi indirettamente, perché esso dovrà essere senz'altro implicitamente valutato per potere dichiarare la presenza di circostanze sopravvenute o, ancora, di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario²².

Quello che, tuttavia, appare essenziale è come la norma, prevedendo l'obbligo di indennizzo, abbia trasformato l'affidamento del privato in "un peso specifico", di carattere economico, da ponderare in sede di bilanciamento dei vari interessi sottesi alla scelta di revoca. Tale obbligo ha infatti dato valore ad un bilanciamento dapprima solo implicito, facendo sì che la revoca sia considerata un costo e dunque sia una strada da intraprendere solo se non vi sono soluzioni alternative, dal minor aggravio economico per i controinteressati. A maggior ragione, l'indennizzo costituisce, dunque, motivo per compiere anche nel caso della revoca un'adeguata considerazione del sacrificio imposto al privato, poiché a causa di questo l'amministrazione sarà chiamata al pagamento di un indennizzo. In un'ottica di buona amministrazione, che sia efficiente ed economica, tale esborso può essere ammesso solo se giustificato da un interesse di senso opposto dal maggior valore.

Non ha invece colto nel segno la dottrina che aveva sottolineato come l'esistenza di diritti soggettivi, che siano stati seguiti dal concreto inizio dell'attività in esercizio di essi, potesse essere in grado di impedire la revoca del provvedimento fondativo di tali posizioni²³. All'opposto, il dato letterale non fa distinzione alcuna

²¹ Il riferimento ai rapporti negoziali non vale a ricomprendere nella disposizione il diverso caso della revoca esercitata nell'ambito di rapporti paritetici, fattispecie disciplinata dalla diversa disposizione di cui all'art. 21-*sexies* della legge 241 del 90, per cui «il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto».

²² Sul punto, non sembra essere di ostacolo neanche la condivisa natura dei poteri di riesame come amministrazione attiva piuttosto che come generale potere di autotutela. L'interesse pubblico perseguito in sede di revoca, benché sia lo stesso che è stato perseguito con il primo esercizio del potere, deve comunque essere considerato con riferimento al momento temporale attuale così che esso dovrà confrontarsi con le situazioni giuridiche soggettive presenti nel secondo momento temporale, compreso l'affidamento che si sia nel frattempo consolidato nel privato.

²³ R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 273.

sulla natura e sul grado di offesa alla posizione giuridica soggettiva lesa dalla revoca. In buona sostanza, qualunque sia l'entità del danno arrecata alla posizione del privato, anche se si tratta di diritti, questa "lesione" può comunque considerarsi necessaria in considerazione della prevalenza di uno degli interessi sopra ricordati. Rimane tuttavia condivisibile l'opinione di quella dottrina che ha evidenziato come l'incisione di diritti soggettivi richieda comunque una valutazione più rigorosa dei presupposti della revoca²⁴.

Tra i profili più spigolosi per colui che ha maturato un legittimo affidamento, rientra, infine, l'inclusione tra i motivi di revoca della "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario". Tale espressione potrebbe infatti all'apparenza essere inteso come la possibilità di un vero e proprio *jus poenitendi*, che «non si distingue dal diritto all'arbitrio o al capriccio», ed è «incompatibile con un ordinamento che annovera tra i suoi principi fondamentali l'affidamento del cittadino, ivi compresa la fiducia che un certo assetto instaurato dal provvedimento amministrativo abbia una certa stabilità»²⁵. Una remora in questo senso è tuttavia costituita dalla circostanza che se la revoca fosse dovuta ad un mero ripensamento, vi sarebbe sostanzialmente un'ammissione da parte dell'autorità di aver sbagliato, con la conseguenza che un eventuale danno da parte dei soggetti interessati aprirebbe uno scenario interessante: l'indennizzo non potrebbe essere posto a carico del contribuente e del suo esborso potrebbe essere chiamato a rispondere l'agente, a titolo di responsabilità amministrativa, davanti alla Corte dei conti²⁶. Inoltre, con la novellazione del 2014, il legislatore è parso ascoltare le criticità sollevate da molti sul punto, specificando che questa causa di revoca può trovare applicazione «salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici»²⁷.

²⁴ R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 595.

²⁵ G. CORSO, *cit.*, p. 308.

²⁶ Cfr. G. CORSO, *cit.*, p. 308.

²⁷ Si rinvia alla nota 18.

Quanto invece al provvedimento di annullamento di ufficio²⁸, l' art. 21-*nonies* dispone che il provvedimento amministrativo "illegittimo" può essere annullato d'ufficio «sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge». La norma è stata oggetto di recentissima novellazione in virtù della quale l'annullamento può essere compiuto solo «esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2», con la precisazione che «rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo»²⁹.

Venendo dunque alle ragioni di tale provvedimento, un primo punto di partenza è sicuramente la imprescindibile illegittimità originaria dell'atto che ne è oggetto. Il provvedimento amministrativo annullabile d'ufficio deve essere illegittimo e tale condizione deve essere originaria e non sopravvenuta, ricadendosi altrimenti nel caso della revoca.

Tale situazione non è tuttavia di per sé sufficiente. E' infatti necessario che la sua caducazione corrisponda non solo ad un interesse pubblico attuale e concreto ma anche prevalente rispetto ad altri interessi favorevoli alla conservazione del provvedimento, tra cui, *in primis*, quello del privato che vi abbia fatto affidamento. Il legislatore ha fatto propria, così, quella formula giurisprudenziale, ormai a tutti nota, per cui l'annullamento non può essere disposto per la sola esigenza di stabilire la legalità dell'azione amministrativa e lo ha definitivamente consacrato come un

²⁸ Sul tema rimangono basilari gli studi di E. CANNADA BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958; G. ABBAMONTE, *Annullamento d'ufficio e partecipazione al procedimento amministrativo* in *Scritti in onore di G. Guarino*, I, Padova, 1988, 1 ss.; G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. dir.*, 1988.

²⁹ La disciplina dell'istituto dell'annullamento d'ufficio è stata di recente novellata dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. Sblocca Italia), convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164. Tra le modifiche ha suscitato ampio dibattito il riferimento ai rapporti tra art. 21-*octies* e la disposizione in esame. Prevedendo, infatti, che qualora il provvedimento amministrativo sia viziato da uno dei c.d. vizi non invalidanti, di cui, per l'appunto, all'art. 21-*octies*, esso non possa essere annullato d'ufficio, il legislatore sembrerebbe conferire un significato alla disposizione di cui all'art. 21-*octies* non meramente processuale ma sostanziale. Sul tema, tra i tanti, v. F. GAFFURI, *Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21-*octies* della legge 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2014, 8-9, p. 885. Quanto al riferimento alla responsabilità, esso non pare onestamente significativo, posto che anche se non fosse stato aggiunto questo inciso, comunque è chiaro che sarebbero stato possibile accertare eventuali responsabilità per non avere esercitato in modo conforme a diritto il potere in esame.

provvedimento discrezionale. Ne deriva che l'illegittimità dell'atto deve essere distinta dalla sua annullabilità, posto che la seconda non è conseguenza automatica della prima.

Per questi motivi appare poco felice la qualificazione dell'annullamento d'ufficio come fondato su ragioni di "legittimità", mentre la revoca su quelle di "opportunità". L'espressione è infatti foriera di equivoci perché l'accertamento dei vizi di per sé non giustifica l'annullamento d'ufficio se non è accompagnato da una comparazione tra l'interesse pubblico all'annullamento e gli altri interessi coinvolti. Dunque anche qui, nella valutazione complessiva, rientrano ragioni di "opportunità".

Oltre al già ricordato bilanciamento, che a differenza della revoca è esplicitamente contemplato, altro baluardo a difesa dell'affidamento è poi senz'altro il riferimento al tempo trascorso, che deve essere "ragionevole"³⁰. L'ordinamento italiano non ha dunque seguito la strada di altri ordinamenti, come quello francese, nel quale opera un termine rigido per l'esercizio di questo potere³¹.

Da ultimo, appare evidente come il mancato riferimento all'indennizzo denoti una generale minore considerazione dell'affidamento maturato nella sede dell'annullamento piuttosto che in quella della revoca, convinzione che matura dalla circostanza che solo in questo secondo caso il provvedimento è perfettamente legittimo mentre, come già ricordato, nel caso dell'annullamento d'ufficio il privato beneficia di un provvedimento che è illegittimo fin dalla sua origine.

³⁰ Sulla nozione in dottrina cfr. S. D'ANCONA, *Termine ragionevole nell'annullamento d'ufficio: riflessioni in tema di effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2008, fasc. 5, p. 1521, secondo cui «in ordine alla natura del "termine ragionevole", si ritiene di dover condividere, con parte della giurisprudenza, l'idea che lo stesso possa ritrovare una migliore collocazione nell'ambito del dovere di diligenza, ove la sua violazione rimanda alla difficoltà e complessità della fattispecie oggetto di riesame e, quindi, la "tardività" è rappresentazione di un'azione amministrativa non conforme a buona fede oggettiva»; l'illegittimità dell'annullamento d'ufficio tardivo è «l'unica via di tutela effettiva delle posizioni giuridiche soggettive sottese».

³¹ Vedi in questo capitolo il par. 5.1. Merita di essere ricordato che, in realtà, anche il legislatore italiano aveva valutato concretamente la possibilità di inserire un termine rigido di "sbarramento" all'esercizio di questo potere. Nell'ambito dei lavori per l'adozione della legge n. 15 del 2005, nel testo approvato al Senato (art. 21-*sexies* del disegno di legge A.S. n. 1281), prima di essere modificato nella versione attuale alla Camera, era stato inserito che l'annullamento d'ufficio non potesse compiersi oltre i due anni di tempo. La scelta del riferimento al solo "tempo ragionevole" è prevalsa, invece, in seconda battuta anche considerando una serie di difficoltà concrete, come la determinazione del *dies a quo* per la decorrenza di tale termine, in particolare se esso avesse inizio al momento della adozione formale del provvedimento o piuttosto da quando lo stesso avesse concretamente inciso sulla situazione di fatto.

1.3 L'effettiva tutela dell'affidamento in sede di autotutela: la casistica giurisprudenziale

1.3.1 *La revoca*

Iniziando con la revoca, ma il discorso vale anche per l'annullamento d'ufficio, un ruolo chiave è determinato dalla motivazione³², che rappresenta il grimaldello dell'accertamento sull'adeguata ponderazione del legittimo affidamento con l'interesse pubblico. Nei casi in cui l'amministrazione «non abbia valutato in alcun modo l'esistenza dell'interesse pubblico prevalente e dell'affidamento del destinatario, richiesti dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990», i provvedimenti in autotutela sono illegittimi per difetto di motivazione³³. In questo senso si è così affermato che «è illegittima, per violazione dell'art. 21-*quinquies* l. 7 agosto 1990, n. 241, la revoca dell'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica, disposta per carenza di fondi, che non sia motivata con riferimento anche al pregiudizio che subisce il privato»³⁴. La giurisprudenza ha dato dunque della norma l'interpretazione sopra prospettata, poiché, pur in assenza di un dato normativo esplicito, ritiene che anche nel caso della revoca sia implicito il bilanciamento con l'affidamento ed operi il binomio adeguata ponderazione-adequata motivazione.

Se questo vale in via generale, vi sono tuttavia dei casi in cui l'onere di motivazione è particolarmente attenuato, come la revoca di provvedimenti “inidonei” di per sé a suscitare l'affidamento. E' questo il caso dell'aggiudicazione provvisoria

³² Sull'importanza di una motivazione adeguata nella revoca v. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3298, per cui «quando il procedimento di evidenza pubblica è giunto alla fase di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e anche in assenza della aggiudicazione formale della gara, acquista un particolare rilievo l'interesse di chi abbia formulato tale offerta, nel senso che l'amministrazione non è più senz'altro libera di revocare gli atti già emessi, per indire una nuova gara con un bando parzialmente diverso. Affinché la determinazione della revoca non appaia anomala e affetta da profili di eccesso di potere, occorre che l'amministrazione evidenzi motivatamente come le prestazioni previste dal precedente bando non siano tali da soddisfare gli interessi pubblici».

³³ T.A.R. Campania, Napoli, 9 aprile 2010, n. 1885.

³⁴ T.A.R. Lombardia, sez. II, 15 gennaio 2007, n. 5.

di un appalto, che è atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali³⁵. Ne deriva che essa «è inidonea a generare nella ditta provvisoriamente aggiudicataria una posizione consolidata di vantaggio, con la conseguenza che sull'Amministrazione che intende esercitare il potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria incombe un onere di motivazione fortemente attenuato, circa le ragioni di interesse pubblico che lo hanno determinato, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa, attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi in base ai quali si ritiene di non dover procedere all'aggiudicazione»³⁶.

Buona parte della giurisprudenza si è poi focalizzata sull'indennizzo e sui requisiti affinché esso possa essere elargito. Sul tema, in accordo alla scelta metodologica espressa³⁷, si rinvia al cap. III, nel quale si esamineranno le forme di tutela “patrimoniale” del legittimo affidamento³⁸.

La giurisprudenza ha poi chiarito che si applicano alla revoca le norme generali sul procedimento. Per ciò che concerne nello specifico l'affidamento, assume particolare valore la necessità della comunicazione di avvio del procedimento all'interessato e la confutazione delle ragioni eventualmente presentate dal privato inciso dall'atto ablatorio nell'ambito della partecipazione al procedimento³⁹.

Inoltre, al di là gli adempimenti procedurali previsti dalla legge generale sul procedimento, in dottrina e giurisprudenza si è soliti affermare il principio del c.d. *contrarius actus*, per cui l'amministrazione deve utilizzare le stesse modalità procedurali con le quali è stato adottato il provvedimento oggetto di riesame,

³⁵ Per un approfondimento del tema della tutela dell'affidamento nel settore dei contratti pubblici cfr. L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2010, pag. 39.

³⁶ Cfr., tra le varie, Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7460.

³⁷ Si rinvia alle premesse.

³⁸ L'indennizzo appare infatti ricondursi a quei casi in cui l'affidamento, benché soccombente in sede di bilanciamento con il pubblico potere, è comunque “compensato” dall'amministrazione che, con l'esercizio legittimo del suo potere, lo ha leso. Si trasla così da un sistema di protezione giuridica della situazione giuridica soggettiva di affidamento di tipo “ponderativo”, che è quello in cui si sostanzia nella tradizione il principio del legittimo affidamento, ad una tutela compensativa, di natura diversa. Il tema verrà approfondito al capitolo III.

³⁹ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 ottobre 2009, n. 10606.

oltre che le stesse forme con le quali ha precedentemente provveduto all'emanazione dell'atto. Deve, dunque, ripercorrere in maniera puntuale le fasi e le scadenze del procedimento concluso con l'atto che si intende riesaminare⁴⁰.

1.3.2 L'annullamento d'ufficio

Quanto all'annullamento d'ufficio, che la giurisprudenza ha definito come la principale espressione dell'autonomo e discrezionale potere generale di autotutela spettante all'amministrazione⁴¹, alcune osservazioni possono essere svolte *in primis* sull'interesse pubblico. Il Consiglio di Stato richiede infatti la sussistenza di quella doppia valutazione, di legittimità e di opportunità, cui si faceva riferimento prima: che l'esercizio del potere di autotutela sia accompagnato dal riscontro della illegittimità dell'atto originariamente adottato, al fine di ripristinare la situazione di legalità violata, ma anche la valutazione della rispondenza della rimozione dell'atto illegittimamente a suo tempo emesso all'interesse pubblico concreto ed attuale⁴². Nell'ambito di tale ultima valutazione deve rientrare la comparazione tra il suddetto interesse e gli interessi privati sacrificati, quando, per effetto del provvedimento reputato illegittimo, siano sorte posizioni giuridiche qualificate dall'apparenza di uno stato di diritto basato sull'atto da ritirare, rilevando l'affidamento ingenerato dall'atto nell'interessato in merito alla legittimità del provvedimento⁴³. Se l'atto risulta privo di tale comparazione, come già chiarito per la revoca, sarà considerato illegittimo per difetto di motivazione e violazione di legge.

Quanto, invece, agli affetti del provvedimento, proprio nell'ottica di meglio garantire la posizione del privato, la giurisprudenza ritiene che l'effetto tipico dell'annullamento d'ufficio, ossia la cessazione degli effetti del provvedimento amministrativo *ex tunc*, possa essere graduato dall'amministrazione, che potrà

⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6291.

⁴¹ Cons. Stato, sez. IV, 12-03-1992 n. 275, ripresa da Cons. Stato, ad. gen., 10 giugno 1999, n. 9.

⁴² Cfr., *ex multis*, Cons. Giust. Amm. Reg. Siciliana, 21 aprile 2010, n. 553 e Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1308; 3 marzo 2006 n. 1023; 4 aprile 2008 n. 1414 .

⁴³ T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 19651.

dunque modulare la decorrenza della produzione di effetti giuridici della sua determinazione di riesame⁴⁴.

Nella prassi giurisprudenziale valenza decisiva assume poi il valore del “tipo” e del “livello di gravità” della invalidità del provvedimento rimosso in autotutela. Questo indirizzo si è manifestato, in particolare, in materia urbanistica, dove la natura e la consistenza della non conformità urbanistica della concessione sarebbero tali da far sì che il provvedimento “autorizzatorio” non potrebbe essere mantenuto in essere in alcun modo: «la situazione di accertata non conformità urbanistico-edilizia costituisce un illecito permanente sì da imporre doverosamente l'intervento tutorio dell'Autorità preposta istituzionalmente ad esercitare il potere di vigilanza edilizia e senza che peraltro possa avere valenza alcuna, a fronte della illegittimità rilevata, il fatto che l'autorizzato intervento edilizio sia stato, come nel caso *de quo*, completato»⁴⁵. In giurisprudenza è possibile riscontrare, tuttavia, anche un indirizzo più sensibile alla tutela della posizione del privato, per cui «anche nell'ipotesi di annullamento di un permesso di costruire va riconosciuta piena operatività ai principi generali che condizionano il legittimo esercizio del potere di autotutela», quindi all'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990: «in tale norma viene confermata in relazione ad ogni procedimento di riesame la natura tipicamente discrezionale dell'atto di ritiro, che deve essere espressione di una congrua valutazione comparativa degli interessi in conflitto, di cui si deve dare atto nel proprio corredo

⁴⁴ «La normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo)» (Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755). Va ricordato che l'art. 21-*nonies* non ha infatti specificato la decorrenza degli effetti dell'atto di annullamento con la conseguenza che, facendosi implicito riferimento al diritto vivente, si è da sempre ritenuto che l'annullamento d'ufficio avesse efficacia retroattiva mentre la revoca non retroattiva. Già la dottrina aveva, tuttavia, sottolineato come fosse possibile in alcune ipotesi ammettere un annullamento con efficacia non retroattiva (v. G. FALCON, *Questioni sull'efficacia temporale e sulla validità del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 ss.).

⁴⁵ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 9 luglio 2009, n. 1802 ma anche, recentemente, Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4735, che aggiunge «la rilevata situazione di non conformità urbanistica del titolo edilizio rilasciato, in ragione della natura e consistenza dell'addebito mosso, e la imprescindibile necessità di adeguare lo stato dei luoghi derivante dall'utilizzazione del permesso di costruire al quadro normativo di riferimento, sono elementi che di per sé costituiscono ragione pienamente giustificativa per l'esercizio del potere di autotutela».

motivazionale»⁴⁶. Per l'amministrazione è quindi doveroso dapprima che la verifica di legittimità dell'atto di autotutela sia compiuta sulla base di «un apprezzamento concreto, condotto sulla base dell'effettiva e specifica situazione creatasi a seguito del rilascio dell'atto permissivo e alla situazione creatasi a seguito dello stesso»; quindi è necessaria «l'adozione di un provvedimento espresso che richiede la valutazione di elementi ulteriori rispetto alla mera illegittimità dell'atto da eliminare»⁴⁷.

Si apre così quello scenario di fattispecie amministrative connotate da un interesse pubblico “*in re ipsa*” all'annullamento⁴⁸. Si è giustamente sottolineato in dottrina come queste ipotesi configurino quasi una presunzione dell'interesse pubblico all'eliminazione del provvedimento illegittimo ma, in realtà, esse non possano che ricadere nella disciplina generale dell'annullamento, che richiede che i profili di particolare importanza dell'interesse pubblico potranno trovare soddisfazione sempre nell'ambito del bilanciamento più volte ricordato⁴⁹.

⁴⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 7 luglio 2010, n. 23285. Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2178 ; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 9 aprile 2010, n.1885.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Il caso della materia edilizia è l'ipotesi tradizionale. Ad essa se ne sono affiancate negli anni di ulteriori, come quella della invalidità dell'atto che sia stata accertata in un procedimento di controllo c.d. successivo, ovvero qualora il provvedimento sia stato disapplicato dal giudice ordinario o quando il giudice amministrativo abbia annullato un atto presupposto. Si tratta, in pratica, di atti in cui l'attività di annullamento della p.a. risulta vincolata. Non appare, invece, un caso di annullamento d'ufficio vincolato quello del provvedimento amministrativo il cui contenuto sia in contrasto con norme o principi comunitari. Il tema, che aveva dato adito a varie possibili soluzioni, come quella di ritenere il provvedimento inficiato da una vera e propria nullità o di considerare possibile che la p.a. lo disapplicasse direttamente, è stato ormai risolto nel senso che l'esercizio del potere di annullamento deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento dei poteri di riesame (v. Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263; sul tema cfr. N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, n. 4, p. 3635 ss). La sanzione della nullità ex art. 21-septies della L. n. 241/1990, invece, opera “nella sola ipotesi” in cui il provvedimento sia adottato sulla base di una norma attributiva del potere incompatibile con il diritto dell'Unione Europea: in tal caso il giudice dichiara nullo il provvedimento in questione, previa disapplicazione della norma nazionale (Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072).

⁴⁹ Cfr. R. CHIEPPA, *cit.*, p. 930.

2. Possibilità di estendere questo modello di tutela ad altre fattispecie amministrative diverse dall'autotutela

2.1 La tutela ponderativa esiste solo nell'autotutela?

Il meccanismo di rilievo dell'affidamento fin qui considerato non pare tuttavia esaurirsi nei poteri di annullamento d'ufficio e revoca. E' vero, infatti, che la tutela del legittimo affidamento, secondo la tecnica finora considerata, trova ampia applicazione nella prassi proprio in relazione a questi provvedimenti di secondo grado e che siano queste le fattispecie più "visibile" di applicazione dello stesso. Ma la circostanza che l'affidamento debba essere valutato nella scelte compiute dall'amministrazione non appare un precipitato giuridico esclusivo di questo specifico potere. A ben vedere, infatti, ciò che fonda la forma di protezione in esame non è il tipo di potere esercitato bensì, all'opposto, la situazione giuridica di affidamento, la quale, se presente, giustifica la necessità della sua tutela da parte dell'amministrazione, quale che sia la fattispecie amministrativa al cui interno si inserisce.

E' evidente che affinché vi sia un affidamento legittimo è necessario che l'amministrazione abbia comunque indotto il privato a riporre una certa fiducia su un beneficio così che, anche al di là del riesame, ulteriori fattispecie di applicazione di questo tipo di tutela saranno presenti solo laddove l'amministrazione abbia agito in modo tale da indurre un'aspettativa del privato. Si deve trattare, quindi, di fattispecie complesse, in cui l'amministrazione "agisce" in vario modo, prima di provvedere nel senso ablativo dell'affidamento.

La presenza di queste ipotesi atipiche di rilievo dell'affidamento estenderebbe notevolmente la portata significativa del principio. Se nel caso dell'autotutela l'aspettativa meritevole del privato è, e *deve essere*, un interesse da valutare in sede di esercizio dei poteri di riesame per norma di legge (ai sensi della l. n. 241 del 1990), in tali casi il rilievo dell'affidamento in sede decisionale è privo di un esplicito ancoraggio "normativo" ma troverebbe la sua fonte giuridica proprio e direttamente nel principio in esame.

In conclusione, la presenza di alcune figure “atipiche” di rilievo dell’affidamento, come quelle che si considereranno a breve (che non esauriscono, chiaramente, la fenomenologia del principio ma ne costituiscono solo manifestazioni ulteriori), colorerebbe di una nuova luce, quella della versatilità ed astrattezza, il principio.

2.2 L’affidamento ed il potere di sospensione cautelare ai sensi dell’art. 21-quater

Una prima ipotesi che può essere affiancata ai poteri di riesame è l’esercizio del potere di sospensione cautelare ai sensi dell’art. 21-*quater* della legge n. 241 del 1990⁵⁰. La norma dispone, al secondo comma, che «l’efficacia ovvero l’esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell’atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze».

La “esecutività del provvedimento”, cui fa riferimento la norma in esame, attiene al mero profilo temporale della esecuzione dei provvedimenti amministrativi efficaci e non va, invece, confusa con la “esecutorietà” degli stessi, di cui all’art. 21-*ter* della legge n. 241/90, non essendo norma idonea a conferire la qualità di titoli esecutivi ai sensi dell’art. 474 c.p.c., bensì, all’opposto, presupponendo tale qualifica ed incidendo sul solo piano temporale⁵¹.

⁵⁰ Secondo M. RAMAJOLI e R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 306 e ss., l’art. 21-*quater* della l. n. 241 del 1990 «si limita a codificare un principio di buona amministrazione, già da tempo affermato dalla giurisprudenza, ma ancora adesso privo di alcuna sanzione, in base al quale i provvedimenti amministrativi devono essere di regola immediatamente eseguiti»; in senso affine B.G. Mattarella, *La nuova legge sul procedimento amministrativo. Il Provvedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 469 ss., secondo il quale la norma non fa che codificare un principio di buona amministrazione «in base al quale i provvedimenti efficaci vanno eseguiti senza ritardo». Sul tema cfr. S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012 e G. DE GIORGI CEZZI – P. L. PORTALURI, *L’efficacia e l’esecutività del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, 2011, p. 860 e ss.

⁵¹ In questi termini G. GRÜNER, *L’esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. amm.*, 2011, 2, p. 273 ss.

Il potere in esame, come noto, condivide con i poteri di annullamento d'ufficio e di autotutela ben più che la tutela dell'affidamento. Si tratta, infatti, di un potere che una parte della dottrina riconduceva tra i poteri di secondo grado⁵² ma che invece oggi se ne distanzia⁵³.

A livello concreto, la sospensione opera come la sospensione disposta in via cautelare dal giudice, ma a differenza della sospensione giurisdizionale che non incontra limiti, la sospensione disposta in via amministrativa può riguardare solo atti i cui effetti sono ancora nella disponibilità dell'amministrazione⁵⁴.

Orbene, anche la sospensione dell'efficacia ovvero esecuzione di un provvedimento amministrativo ampliativo può incidere sull'aspettativa alla stabilità e al mantenimento di quel beneficio da parte del privato.

La legge fissa alcuni paletti a garanzia del cittadino, richiedendo che la sospensione sia giustificata da "gravi ragioni" e non si protragga oltre "il tempo strettamente necessario". La giurisprudenza ha chiarito che il rinvio al tempo

⁵² Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, 629, che li definisce come «atti i quali, quando vengono adottati in sede di autotutela, si basano, per lo più, su una scelta discrezionale; presuppongono invece generalmente una valutazione tecnico-giuridica quando vengono adottati in sede di controllo o su ricorso».

⁵³ La sospensione «può essere fondata sia su ragioni autonome, finalizzate solo a posticipare l'inizio di una determinata attività (ad esempio, sospensione di un'autorizzazione ad una occupazione di suolo pubblico strumentale alla realizzazione di determinate opere, che l'amministrazione ritiene di dover sospendere durante la stagione turistica); oppure può trattarsi di una sospensione strumentale all'adozione di un provvedimento di riesame (sia annullamento di ufficio che revoca). In quest'ultimo caso, l'amministrazione, che dubita della legittimità o dell'opportunità di un proprio provvedimento, provvede a sospenderlo per il tempo necessario a svolgere il procedimento di riesame al fine di evitare un ulteriore consolidamento dell'affidamento del privato e la piena esplicazione degli effetti dell'atto, che potrebbe essere poi rimosso» (R. CHIEPPA, *cit.*, p. 926 e ss.). Si è inoltre ricordato come il potere di sospensione deve essere fondato su circostanze nuove, o per la prima volta percepite dall'amministrazione e quest'ultima ne può far uso solo per il tempo strettamente necessario (v. G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. Amm.*, n.4/2002, p. 689). Il potere di sospensione previsto in dall'art. 21-*quater* della legge n. 241 del 1990, che opera via generale e nell'interesse pubblico, non va confuso con il diverso potere di sospendere l'efficacia di provvedimenti favorevoli previsto dalla legge come misura sanzionatoria (il classico esempio è la sospensione della patente per determinate violazioni del codice della strada); tali sospensioni sanzionatorie sono infatti soggette al principio di legalità e possono essere applicate solo laddove vi si una specifica norma di legge che lo consenta.

⁵⁴ G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2009, p. 177, secondo cui è difficile ammettere che possano essere sospesi in via amministrativa atti i cui effetti sono irreversibilmente compiuti (come una espropriazione per pubblica utilità), o sono irreversibilmente entrati nel patrimonio del destinatario (ad esempio la patente di guida, al di fuori di casi speciali di sospensione "sanzionatoria"). La precisazione appare decisiva in un'ottica di tutela dell'affidamento, in quanto comporta una restrizione delle possibilità di incidere, tramite la sospensione, sulle situazioni giuridiche soggettive che siano sorte dal provvedimento.

strettamente necessario fa sì che resti «demandata alle responsabili valutazioni discrezionali della competente Autorità la individuazione del termine per la conclusione del procedimento»⁵⁵.

Il dato della legge appare tuttavia particolarmente scarso. La giurisprudenza ha così compiuto quel passo in avanti quanto alla tutela del legislatore che è mancato al legislatore: «la sospensione, in quanto provvedimento riduttivo e limitativo di una posizione giuridica dell'interessato, deve contenere adeguata motivazione in ordine alle ragioni che nella necessaria valutazione dei contrapposti interessi in gioco abbiano indotto l'amministrazione a ritenere prevalenti quelli pubblici»⁵⁶; anzi, «l'obbligo di motivazione in ordine alle gravi ragioni ex art. 21-*quater* L. n. 241/1990 deve ritenersi particolarmente intenso, dovendo giustificare una circostanza eccezionale quale il mancato dispiegamento *ad tempus* di tutti o di parte degli effetti di un atto che ha già cominciato a produrli»⁵⁷.

Dunque anche nel caso della sospensione, sembra trovare applicazione il principio del legittimo affidamento come regola dell'azione amministrativa: la presenza di una situazione di affidamento comporta un dovere di ponderazione, seguito quindi da quello di una adeguata motivazione, che dimostri la soccombenza delle ragioni dell'affidamento rispetto a quelle sottese alla sospensione. Ancora una volta, l'affidamento di fronte al potere amministrativo può cedere ma nei limiti in cui vi sia un interesse pubblico effettivamente prevalente.

2.3 Affidamento e silenzio assenso

Le considerazioni sin qui svolte sulla tutela del affidamento sembrano interessare anche il caso affine del silenzio assenso, di cui all'art. 20 della legge n. 241 del 1990. Secondo tale istituto di semplificazione, «fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti

⁵⁵ Cons. Stato, sez. IV, n. 2876/2007.

⁵⁶ T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, n. 490/2006.

⁵⁷ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 11 nov. 2011, n. 54302 e T.A.R. Liguria, sez. I, n. 787/2014.

amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2»⁵⁸. Il silenzio è dunque “equiparato” dalla legge al provvedimento⁵⁹. L'affinità è confermata dal comma 3 dell'art. 20, per cui «nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*».

Il problema che si pone è dunque quello di capire in che modo e con che limiti l'amministrazione possa esercitare espressamente il potere amministrativo in relazione al quale si è perfezionato il silenzio assenso, che è chiaramente una possibile fonte di affidamento del privato.

Orbene, è chiaro che il maturarsi del silenzio non esaurisce il potere dell'amministrazione. Come chiarito dal giudice amministrativo, il silenzio non consuma il potere dell'amministrazione più di quanto possa farlo il provvedimento espresso⁶⁰.

⁵⁸ Il silenzio assenso costituisce, al di là delle ipotesi in cui si applica la s.c.i.a., la modalità ordinaria di definizione dei procedimenti ad istanza di parte, ancorché caratterizzati dalla presenza di discrezionalità in capo all'amministrazione. Le limitazioni al suo ambito di applicazione comprendono non solo il caso della s.c.i.a. ma anche quello in cui il silenzio equivale, per disposizione legislativa, al diniego. In ogni caso, l'istituto non opera con riferimento ai procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, e gli altri settori indicati dal comma 4 dell'art. 20, l. n. 241 del 1990. Cfr. G. ROSSI, *cit.*, p. 303 e ss. Per un approfondimento sul tema cfr. A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica Amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. Amm.*, Fasc.1, 2006, p. 99 ss.; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in A. Police - N. Paolantonio - A. Zito (a cura di), *La pubblica Amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005; R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio assenso dopo la l. 80/2005*, in *Urb. E app.*, 2005, p. 1001 ss.

⁵⁹ Si tratta di una di quelle ipotesi nelle quali, a differenza del silenzio-inadempimento, ossia della mera inerzia della p.a. (cfr., per tutti E. STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1 ss.), la legge attribuisce un valore legale tipico al silenzio. Ciò può avvenire nel caso del silenzio-rigetto, equiparato dalla legge al provvedimento negativo; del silenzio accoglimento (o silenzio-assenso), equiparato al provvedimento favorevole; del silenzio- devolutivo (o procedimentale), che ricorre quando nel corso di un procedimento un organo intermedio non provvede su una richiesta di parere o di perizia, potendo quindi l'organo di amministrazione attiva prescindere dall'atto istruttorio (per un approfondimento cfr. R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, p. 759 e ss.).

⁶⁰ T.A.R. Liguria, Sez. I, 23 aprile 2013, n. 704.

Si potrebbe allora ritenere che l'amministrazione possa adottare direttamente una determinazione "di primo grado", nonostante la legge faccia rinvio, come sopra ricordato, alle determinazioni in vi di autotutela di cui agli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*. E' questa la posizione di un orientamento minoritario della giurisprudenza per cui poiché l'assenso tacito costituisce espressione di attività provvedimentale solo in virtù di *fictio iuris*, dovrebbe necessariamente ritenersi che l'inerente potere di autotutela assorba in sé anche profili valutativi che normalmente ineriscono all'esercizio della funzione amministrativa di primo grado, che l'amministrazione non è stata a suo tempo in grado di esercitare. La funzione sollecitatoria a cui si ispira l'istituto del silenzio-assenso non potrebbe infatti, a pena di insanabile contrasto della relativa disciplina legislativa con la sovraordinata fonte costituzionale (art. 97 Cost.), pregiudicare la possibilità di un pieno e ponderato esercizio dell'attività di valutazione e comparazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio della funzione amministrativa. Da ciò deriverebbe che «in sede di annullamento d'ufficio di un silenzio assenso, deve essere restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che a suo tempo l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante»⁶¹. Dovrebbe così reputarsi perfettamente legittimo «il provvedimento di annullamento d'ufficio del silenzio assenso, ove l'amministrazione, pur senza enucleare specifici profili di illegittimità dell'atto da annullare e specifiche, distinte, ragioni di interesse pubblico giustificanti l'annullamento medesimo, abbia svolto una completa ed approfondita disamina dell'assetto di interessi scaturente dal provvedimento tacito, in rapporto a quello inerente alla funzione tipica cui è preordinata l'attività amministrativa di primo grado, pervenendo, ove ne abbia riscontrato la dissonanza, alla rimozione dell'assetto ritenuto *contra legem* ed al ripristino di quello risultante conforme all'interesse pubblico da perseguire»⁶².

Ad oggi questa corrente giurisprudenziale appare tuttavia recessiva rispetto a quella maggioritaria per cui il silenzio assenso, formatosi per decorso del tempo

⁶¹ T.A.R. Campania, Napoli, 10 settembre 2010 n. 17398, che rinvia a Cons. giust. amm. sic., 20 settembre 2002, n. 571.

⁶² *Ibidem*.

prescritto dall'inoltro dell'istanza, non può essere considerato dall'amministrazione *tamquam non esset* ma, prima dell'adozione del provvedimento negativo espresso, deve formare oggetto di provvedimenti caducatori nella via dell'autotutela⁶³. L'autotutela, esperibile nei confronti della fattispecie silenziosa, deve dunque rimanere soggetta agli stessi limiti di quella incidente sul provvedimento espresso e non può essere assimilata all'esercizio dei poteri di primo grado. Si è dunque osservato che «il tenore della disposizione di cui all'art. 20 l. 241/90 non può essere inteso come limitante i poteri dell'amministrazione alla sola autotutela ma solo come una modalità procedimentale per la riedizione del potere»⁶⁴.

Da ultimo, quanto alla tutela dell'affidamento del destinatario del silenzio-assenso, un profilo critico rimane quello dell'assenza di motivazione, ossia il formarsi sì di un provvedimento implicito, assentivo, ma di cui sono oscure le ragioni di fatto e di diritto che ne costituiscono la *ratio*. Tale carenza, se apparentemente può risultare poco dannosa per il beneficiario dello stesso (essendo al più un ostacolo alla tutela del controinteressato), si rivela poi un'arma a doppio taglio per il primo, perché rende più insidioso il sindacato circa la legittimità delle eventuali ragioni dell'autotutela successiva, meno limpido a fronte dell'impossibilità di un confronto tra esse e quelle fondative del silenzio assenso⁶⁵.

2.4 Affidamento e dia/scia

Ipotesi molto interessante è poi quella dell'affidamento che matura nell'ambito dell'istituto della Dichiarazione di inizio attività -DIA, oggi definita⁶⁶, dopo un lungo

⁶³ Cfr. Cons. Stato, 20 marzo 2007, n. 1339.

⁶⁴ T.A.R. Liguria, Sez. I, 23 aprile 2013, n. 704.

⁶⁵ Significativamente, basti pensare al caso della revoca, in cui i "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" ovvero il "mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento" dovranno essere verificati dal giudice in assenza della conoscenza dei motivi originari di pubblico interesse.

⁶⁶ Si ricorda che ai sensi dell'art. 49, comma 4-ter, «le espressioni "segnalazione certificata di inizio attività" e "Scia" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "dichiarazione di inizio attività" e "Dia", ovunque ricorrano, anche come parte di una espressione più ampia, e la disciplina di cui al comma 4-*bis* sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del

travaglio⁶⁷, dall'art. 19 della legge n. 241 del 1990 come "Segnalazione certificata di inizio attività" - SCIA⁶⁸, le cui controversie sono rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁶⁹. Qui la necessità di una trattazione a parte rispetto all'autotutela "classica" si giustifica perché, come si dirà a breve, la fattispecie in esame appare del tutto *sui generis*.

Procedendo per gradi, la SCIA, come a tutti di noto, si struttura in due momenti diversi, nell'equilibrio dei quali la funzione amministrativa si compone e si realizza secondo un modello di liberalizzazione della stessa⁷⁰. In ciascuna di queste "fasi" è

presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale» (l'art. 4-*bis* riscrive la disciplina di cui all'art. 19 della legge n. 241 del 1990).

⁶⁷ L'istituto in esame costituisce senz'altro un esempio di "incertezza giuridica". Il suo travagliato iter è stato è puntualmente ricostruito, ricordandosi come l'originaria "dichiarazione d'inizio attività" (DIA), disciplinata dall'articolo 19 della legge n. 241/1990, dopo ben 5 modifiche, di cui 4 negli ultimi 6 anni, (sostituito dall'art. 2 legge n. 537/1993, modificato dall'art. 21 legge n. 15/2005, sostituito dall'art. 3 decreto legge, n. 35/2005, modificato dall'art. 9 legge n. 69/2009, modificato dall'art. 85, decreto legislativo, n. 59/2010), sia stata sostituita da un decreto legge d'urgenza (n. 78/2010, poi modificato in sede di conversione) con la "segnalazione certificata di inizio attività" (SCIA), senza però chiarire l'ambito di applicazione ed i rapporti con la precedente disciplina. Quindi il decreto legge n. 70/2011 ed il decreto legge n. 138/2011 hanno modificato di nuovo la disciplina e dettato una interpretazione autentica (cfr., per ulteriori dati, R. SESTINI, *Legittimo affidamento e certezza giuridica*, su www.agatif.org, p. 9). Da ultimo si segnalano le modifiche del c.d. decreto sblocca Italia (D.L.12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164), su cui si rinvia alla nota 77.

⁶⁸ Sulla SCIA sarebbe evidentemente necessario un approfondimento ben più ampio, per il quale si rinvia alla dottrina in materia limitandosi ad affrontare il discorso della tutela dell'affidamento. La letteratura sul tema è sterminata, *ex multis* v. L. MARTINEZ, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino, 2008; ID, *Legittimo affidamento e buona fede soggettiva nel caso della d.i.a.*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, fasc. 2, p.723; M.A. SANDULLI, *Dalla D.I.A. alla S.C.I.A., una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 6; ID., *La s.c.i.a. e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di 'non sincerità' legislativa. Spunti per un forum*, 23 marzo 2011, in www.federalismi.it; ID., *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2013, 6, p. 301 ss.; W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in www.giustamm.it, 2012; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193; L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6 ter della legge 241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 215; M. RAMAJOLI, *La scia e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329.

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 3 rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i «provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di segnalazione certificata, denuncia e dichiarazione di inizio attività, di cui all'articolo 19, comma 6-*ter*, della legge 7 agosto 1990, n. 241».

⁷⁰ Si tratta di un «modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica (art. 41, primo comma, Cost.), tutelando il diritto dell'interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l'iniziativa

necessaria la partecipazione reciproca del privato e dell'amministrazione, così che, se nel primo set la battuta spetta al privato e nel secondo all'amministrazione, poi, a forza di colpi più o meno leggeri, la palla sbatte sul campo dell'una e dell'altra parte.

Esemplificando, l'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione da parte dell'interessato di una apposita segnalazione all'amministrazione competente⁷¹, corredata da rituale documentazione e secondo i requisiti e presupposti di cui al comma 1 dell'art. 19, sopra menzionato. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei suddetti, adotta, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione (trenta nei casi di Scia in materia edilizia⁷²), motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa⁷³. Si individua così la prima "scansione" temporale.

Decorsi i termini sopra indicati, all'amministrazione competente residua solo il potere di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* e purché ricorrano circostanze specifiche⁷⁴: «è consentito

medesima» (Corte Cost., 27 giugno 2012, n. 164). Come chiarito dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria n. 15/2005, la «liberalizzazione dei settori economici in esame ha carattere solo parziale in quanto il principio di autoresponsabilità è temperato dalla persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività denunciata».

⁷¹ La possibilità di un esercizio immediato dell'attività costituisce la principale novità della disciplina rispetto al regime previgente. Si è sottolineato come, in questo modo, la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non sia più fondata «sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema norma-potere-effetto», ma sia «una legittimazione *ex lege*, secondo lo schema "norma-fatto-effetto", in forza della quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del poter autorizzatorio della P.A.» (F. CARINGELLA- L. TARANTINO, *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 733).

⁷² La SCIA edilizia è disciplinata dagli artt. 22 e seguenti del Testo Unico dell'edilizia (d.p.r. n. 380 del 2001). Come noto, essa è solo uno dei modelli di titolo abilitativo edilizio presenti, affiancandosi alle c.d. attività edilizie libere, agli interventi soggetti a mera comunicazione di inizio lavori (CIL) ed a quelli sottoposti a permesso di costruire.

⁷³ L'interessato può, ove ciò sia possibile, provvedere a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti, entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni (art. 19, comma 3).

⁷⁴ L'inserzione dell'inciso "nei casi di cui al comma 4 del presente articolo" nell'art. 19, comma 3, con riferimento al potere di autotutela, rende applicabile anche a questo tipo di poteri i limiti sopra ricordati e costituisce effetto della recente novellazione compiuta dall'art. 25 del d.l. n. 133 del 2014 convertito con modificazioni con l. n. 164 del 2014 (il c.d. decreto Sblocca Italia). Per un approfondimento cfr. A. AULETTA, *Le modifiche alla s.c.i.a. introdotte dal decreto "sblocca Italia"*:

intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente»⁷⁵. A partire da uno specifico momento temporale i poteri di intervento pubblici sono, dunque, sostanzialmente limitati. All'amministrazione permane, tuttavia, il potere sanzionatorio⁷⁶.

Per verificare come e se nell'ambito di questo meccanismo maturi un affidamento meritevole di tutela, è opportuno chiarire quale sia la natura del potere "repressivo" esercitabile dalla p.a. nell'ambito della SCIA. La domanda si ricollega, evidentemente, alla questione della natura giuridica della stessa, la quale, come noto, ha visto partecipi animatamente non solo la dottrina ma anche la giurisprudenza e lo stesso legislatore, soprattutto per l'annosa necessità di individuare delle forme di tutela effettiva del terzo controinteressato, data l'assenza di un provvedimento esplicito⁷⁷. In merito, volendo ridurre all'osso i termini della questione, sono state

verso la soluzione dell'enigma del richiamo all'autotutela?. Qualche spunto riflessivo, in www.neldiritto.it.

⁷⁵ Art. 19, comma 4.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 21 della legge n. 241 del 1990, "Disposizioni sanzionatorie": «1. Con la denuncia o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato. 2. Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente. 2-bis. Restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20».

⁷⁷ Quanto ai rimedi esperibili dal terzo controinteressato rispetto alla D.I.A., il Consiglio di Stato, con l'Adunanza Plenaria n. 15 del 29 luglio 2011 (sulla quale, *ex multis*, cfr. N. LONGOBARDI - W GIULIETTI, *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it, 2011), aveva stabilito che la D.I.A. non costituisce un provvedimento tacito formatosi per il decorso del termine, essendo invece una mera dichiarazione del privato rivolta all'amministrazione competente. Il terzo leso dagli effetti della D.I.A. aveva dunque l'onere d'impugnare l'inerzia dell'amministrazione con ricorso ordinario, in quanto quest'ultima, omettendo di esercitare i propri poteri inibitori, determinava la formazione di un provvedimento tacito di diniego di adozione di tali provvedimenti inibitori. Al terzo spettava dunque, rispettivamente, sia l'azione di annullamento, nell'ipotesi in cui fosse spirato il termine per l'esercizio del potere inibitorio, sia, nel contempo, l'azione di accertamento, nell'eventualità in cui non fosse ancora spirato il termine di 30 giorni per l'esercizio da parte della p.a. del potere inibitorio di cui all'art. 19 della legge n.

proposte a livello teorico tre principali ricostruzioni: quella della SCIA come di un'attività privata, secondo un modello di autoresponsabilità del privato; quella che vede nel decorrere del tempo assegnato all'amministrazione per inibire l'attività e nell'inerzia di questa, il prodursi di un provvedimento implicito di assenso; quella che, più che prendere posizione sulla natura dell'istituto, ha sottolineato come dopo la scadenza del termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio, il richiamo ai provvedimenti in autotutela debba essere inteso comunque come un'autotutela *sui generis*, stante la mancanza di un precedente esercizio del potere⁷⁸. Il Consiglio di Stato, con l'adunanza plenaria n.15 del 2011, si è mostrato a favore della natura privatistica della d.i.a.⁷⁹, considerata come un intervento di liberalizzazione e non mera semplificazione mediante autorizzazione tacita; quindi il legislatore, all'art. 8 del d. lgs. n.59/2010, come modificato dal d.lgs. n. 147/2012, ha chiarito definitivamente che «ai fini del presente decreto, non costituisce regime autorizzatorio la segnalazione certificata di inizio di attività (S.C.I.A.), di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241».

241/90. Il legislatore, con l'art. 6 del D.L. n. 138 del 13 agosto 2011, convertito nella legge n. 148 del 2011, è intervenuto sulla materia, aggiungendo all'art. 19 della legge n. 241 del 1990 l'indicato comma 6-ter, che pur recependo l'orientamento del Consiglio di Stato sulla natura giuridica della D.I.A. (oggi S.C.I.A.), come atto del privato non immediatamente impugnabile, si discosta da tale decisione quanto ai rimedi esperibili dal terzo controinteressato: «la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104» (art. 19, comma 6-ter, l. n. 241 del 1990, sul quale si rinvia a G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, fasc.2, p. 645). A tale intervento è seguita l'introduzione, tra le correzioni ed integrazioni del Codice del processo amministrativo introdotte dal D.lgs. 15 novembre 2011, all'art. 31 comma 1, dopo le parole "decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo", della frase "e negli altri casi previsti dalla legge". Detto riferimento agli "altri casi previsti dalla legge" nei quali è possibile esperire il giudizio per "*silentium*" ha l'effetto di estendere l'esperimento di detto procedimento anche nell'ipotesi in cui i termini relativi al potere inibitorio non siano ancora trascorsi (*ex multis*, cfr. T.A.R. Veneto, Sez. II, 5 marzo 2012, n. 298). Volendo dunque tirare le fila del discorso, l'azione avverso il silenzio ai sensi dell'art. 31 c.p.a. è ora esperibile anche prima della scadenza del termine assegnato all'Amministrazione per effettuare il controllo sulla s.c.i.a. e, in tal caso, l'azione ha ad oggetto direttamente l'accertamento dei presupposti per l'esercizio dell'attività dichiarata. Sulla tutela del terzo in relazione al provvedimento amministrativo si rimanda ai contributi di L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Torino, 2005 e F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, fasc.1, p. 25.

⁷⁸ Si rinvia alla dottrina citata in nota 64.

⁷⁹ La sentenza ha ad oggetto la d.i.a. perché *ratione temporis* in vigore al momento del verificarsi dei fatti esaminati. Le conclusioni su di essa ben possono, tuttavia, essere estese alla s.c.i.a.

Partendo allora dalla considerazione che la SCIA rimane un atto del privato, quello che pare accadere è che nella prima fase la funzione amministrativa è esercitata attraverso un'attività "di sorveglianza" di quella del privato da parte della amministrazione competente, dotata di poteri di intervento inibitorio⁸⁰; nel secondo periodo temporale, la funzione torna ad essere assicurata da un'attività di amministrazione attiva, che potremmo definire "autoritativa pura". A ben vedere, quindi, quello cui si assiste in tale momento è un "riesercizio in senso atecnico", del potere amministrativo, perché è possibile individuare un esercizio del potere anche nella prima fase del modello procedimentale, nella scelta di non intervenire con il potere inibitorio. La funzione amministrativa è sempre la stessa, nella prima e nella seconda scansione del procedimento, così come lo stesso è l'interesse pubblico perseguito; il variare della consistenza del potere dell'amministrazione e della sua composizione con l'attività privata, servono solo per meglio soddisfare l'interesse pubblico perseguito, ripartendo in modo diverso i ruoli del pubblico e del privato o, *rectius*, il binomio autorità/libertà.

Tornando, allora, al discorso sull'affidamento, nel primo periodo un problema di legittimo affidamento non si pone, non tanto perché l'arco temporale è veramente esiguo⁸¹, ma soprattutto perché non si ravvisa alcun comportamento dell'amministrazione significativo a far maturare un simile affidamento prima che decorra questo termine. Saremmo qui in presenza, davvero, di una speranza "che tutto vada bene", piuttosto che in una fiducia sulla stabilità di un certo beneficio erogato nell'esercizio di un potere.

Una condotta idonea a palesare una certa volontà dell'amministrazione si realizza, invece, al decorrere del termine di trenta o sessanta giorni e si concretizza nel silenzio, ossia nel non aver esercitato alcun provvedimento inibitorio, silenzio che, come si è detto, benché la SCIA abbia natura privata, rimane il momento

⁸⁰ Come ha chiarito l'Adunanza plenaria n. 15 del 2011 «trattasi, in sostanza, di attività ancora sottoposte ad un regime amministrativo, pur se con la significativa differenza che detto regime non prevede più un assenso preventivo di stampo autorizzatorio ma un controllo -a seconda dei casi successivo alla presentazione della d.i.a. o allo stesso inizio dell'attività dichiarata-, da esercitarsi entro un termine perentorio con l'attivazione ufficiosa di un doveroso procedimento teso alla verifica della sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'esercizio dell'attività dichiarata».

⁸¹ Si rinvia alle conclusioni per le considerazioni sul valore dell'elemento temporale come requisito per la formazione di un affidamento legittimo.

determinante per l'espressione della volontà amministrativa di accordare o meno la posizione di vantaggio che caratterizza questa fattispecie (ossia la possibilità di intraprendere l'attività oggetto della SCIA). Anche se in questo caso il silenzio dell'amministrazione non può essere inteso come assenso, esso esprime una "tolleranza" ad una situazione di fatto autorizzatoria, favorevole al privato, comportamento che il buon senso, prima che il diritto, porta a ritenere verosimile fonte di affidamento. L'amministrazione, non esercitando il suo potere inibitorio, non rilascia un provvedimento di assenso ma appone il suo sigillo sulla SCIA, che, pur rimanendo un atto solo esclusivamente del privato, acquisisce un valore rafforzato nell'ottica del cittadino che l'ha prodotta⁸², «equiparabile, seppur esclusivamente "quoad effectum", al rilascio del provvedimento espresso»⁸³. Con questa posizione di affidamento il potere amministrativo in autotutela, esercitabile dopo la prima fase, è dunque chiamato a confrontarsi⁸⁴.

Questa conclusione è avvalorata dall'esplicito richiamo alle norme in autotutela, che, abbiamo visto nel dettaglio, richiedono per l'esercizio dei relativi poteri la ponderazione dell'affidamento del privato.

Inoltre, trova conferma dalla circostanza che questi poteri non possano comunque essere intesi come poteri repressivi di tipo sanzionatorio, quindi vincolati al ripristino della mera legalità, perché, come chiarito, rimangono poteri di amministrazione attiva, deputati al miglior perseguimento dell'interesse pubblico in bilanciamento con gli altri interessi coinvolti come l'affidamento.

⁸² «Analizzando il fenomeno dall'angolazione del denunciante, si può affermare che costui è titolare di una posizione soggettiva di vantaggio immediatamente riconosciuta dall'ordinamento, che lo abilita a realizzare direttamente il proprio interesse, previa instaurazione di una relazione con la pubblica amministrazione, ossia un contatto amministrativo, mediante l'inoltro dell'informativa. Il privato è, poi, titolare di un interesse oppositivo a contrastare le determinazioni per effetto delle quali l'amministrazione, esercitando il potere inibitorio o di autotutela, incida negativamente sull'agere licere oggetto della denuncia» (Cons. Stato, Ad. Pl., n. 15 del 2011).

⁸³ Cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, 8 gennaio 2015, n. 192.

⁸⁴ In dottrina si è, condivisibilmente, affermato che con il venir meno del potere inibitorio «il dichiarante è assistito da un affidamento del quale l'amministrazione dovrà tenere conto nella valutazione degli interessi che essa compierà agli effetti dell'eventuale autotutela»; «quando si sia consumato il potere inibitorio, il dichiarante è esposto quindi ai poteri ufficiosi di autotutela, con i relativi canoni di giudizio, fermo restando che l'affidamento circa la conformità a diritto della situazione del dichiarante non ha una consistenza maggiore di quella che sarebbe seguita al rilascio del titolo amministrativo illegittimo» (F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, fasc.1, p. 25).

In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza, secondo la quale, «detto potere, con cui l'amministrazione è chiamata a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, condivide i principi regolatori sanciti, in materia di autotutela, dalle norme citate, con particolare riguardo alla necessità dell'avvio di un apposito procedimento in contraddittorio, al rispetto del limite del termine ragionevole, e soprattutto, alla necessità di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell'affidamento incolpevole maturato in capo al denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio»⁸⁵.

Con riferimento all'autotutela in materia di Scia, merita, inoltre, di essere ricordato che la giurisprudenza ha ritenuto presenti elementi validi a giustificare una deroga al generale principio per cui il dovere di provvedere espressamente non sorge con riferimento a istanze volte a sollecitare interventi in autotutela⁸⁶. In considerazione della evenienza in cui si sollecita l'esercizio di provvedimenti repressivi di secondo grado, ossia il fatto che essi siano incidenti non già su un provvedimento espresso, ma su una fattispecie formatasi "silenziosamente", a cagione del tempo trascorso dalla presentazione dell'istanza, l'amministrazione deve

⁸⁵ Cons. St., Ad. plen., 29 luglio 2011 n. 15. Successivamente ed in senso conforme cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 27 novembre 2013, n. 5421 e Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4780, per cui la d.i.a, una volta perfezionatasi, «costituisce un titolo abilitativo valido ed efficace (sotto tale profilo equiparabile *quoad effectum* al rilascio del provvedimento espresso), che può essere rimosso, per espressa previsione legislativa, solo attraverso l'esercizio del potere di autotutela decisoria. Ne consegue l'illegittimità del provvedimento repressivo-inibitorio avente ad oggetto lavori che risultano oggetto di una d.i.a. già perfezionatasi (per effetto del decorso del tempo) e non previamente rimossa in autotutela». V. anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 febbraio 2010, n. 1408 per cui «una volta formatosi il titolo edilizio della d.i.a., l'intervento dell'Amministrazione può essere giustificato soltanto nell'ambito di un procedimento di secondo grado di annullamento o revoca d'ufficio, ai sensi degli artt. 21-*quinques* e 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, previo avviso di avvio del procedimento all'interessato e previa confutazione, ove ne sussistano i presupposti, delle ragioni dallo stesso eventualmente presentate nell'ambito della partecipazione al procedimento» e T.A.R. Campania, Napoli, sez. II 11 luglio 2006, n. 7391, per cui si può ritenere che nel privato si sia ingenerato un legittimo affidamento allorché l'intervento in autotutela sulla D.I.A. interviene a distanza di circa quindici mesi dalla sua formazione.

⁸⁶Cfr., di recente, Cons. Stato Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 355, per cui "non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto ex art. 117 CPA - D. Lgs. n. 104/2010".

necessariamente evadere le richieste di autotutela ad essa sollecitate⁸⁷. In dottrina si è così rilevato come tale facoltà, attivabile dal terzo senza la previsione di alcun termine di decadenza, denoti chiaramente l'incertezza in cui vive l'imprenditore che ha presentato la SCIA, posto che l'attività da esso intrapresa è così potenzialmente oggetto di inibitoria per un lasso di tempo indefinito⁸⁸.

Ancora, il problema dell'affidamento si manifesta nel caso di esercizio dell'ulteriore potere che residua all'amministrazione, quello sanzionatorio di cui all'art. 21 della legge n. 241 del 1990, in particolare mediante misure ripristinatorie⁸⁹. Anche in questo caso la giurisprudenza ha riconosciuto la sussistenza di un obbligo di provvedere sull'istanza posta dal terzo per l'esercizio del potere di vigilanza e controllo⁹⁰. La dottrina ha tuttavia evidenziato come la presenza di un potere repressivo-ripristinatore illimitato ed esercitabile fin dal momento della

⁸⁷ Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309, il quale ricorda che la nuova formulazione dell'art. 19 ha, nella sostanza, introdotto nel sistema il principio secondo il quale il rimedio del silenzio-rifiuto è l'unico rimedio attribuito al terzo avverso l'inerzia nell'esercizio da parte delle amministrazioni dei poteri di autotutela, repressiva, su detti titoli edilizi: «se così è, la richiesta di autotutela "inevasa" deve essere giustiziabile mercé la procedura del silenzio-inadempimento perché, argomentando diversamente, si svuoterebbe di contenuto la norma primaria».

⁸⁸ R. DIPACE, *Le incertezze delle liberalizzazioni e il problema del risarcimento del danno da violazione del legittimo affidamento*, intervento al convegno "La difficoltà di liberalizzare", Milano, 9 maggio 2014, su www.diritto-amministrativo.org, che ritiene che la soluzione oggi adottata dal legislatore non sia la più felice, né per garantire l'effettività della tutela del terzo, né il legittimo affidamento del dichiarante, mentre l'azione di accertamento affiancata a quella di annullamento, secondo il modello definito dalla Adunanza Plenaria n. 15/2011, appariva senz'altro più rispettoso di queste esigenze grazie alla presenza di un termine decadenziale per l'azione di accertamento.

⁸⁹ In un'ottica di tutela del terzo sono proprio questo tipo di misure le uniche adottabili ed efficaci. Si è, infatti, giustamente ricordato come la giurisprudenza tradizionalmente tenda a confondere in un'unica tipologia il potere sanzionatorio in senso tecnico e il potere ripristinatorio (si pensi alla repressione degli abusi edilizi), ma «la distinzione va riaffermata, non solo per ragioni sistematiche, ma anche per ragioni pratiche»: «rispetto al terzo può essere rilevante solo il potere "repressivo" che si attui in una misura ripristinatoria, ossia che comporti l'eliminazione degli effetti prodotti dall'attività privata in discussione e ne impedisca la permanenza»; «invece è irrilevante il potere repressivo che si attui solo attraverso misure pecuniarie (ancorché si possa trattare di sanzioni in senso tecnico), perché la loro applicazione non comporta alcun beneficio per la posizione giuridica del terzo» (cfr. Cfr. A. TRAVI, *Dichiarazione inizio attività (dir. amm.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2, Milano 2008).

⁹⁰ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 11 settembre 2013, 8211, per cui «al riguardo, deve evidenziarsi che nella materia in esame l'Amministrazione in ipotesi di specifiche istanze (documentate come nella specie) ha l'obbligo di attivare un procedimento di controllo e verifica dell'abuso, lasciando traccia della sua conclusione, sia essa nel senso dell'esercizio dei poteri sanzionatori, che in quella della motivata archiviazione, e ciò in forza del principio generale di cui all'art. 2 della legge sul procedimento, invocato dai ricorrenti, riguardo la doverosa conclusione dello stesso, conseguente ad un'istanza del privato, mediante l'adozione di un provvedimento espresso, in aderenza ai generali principi costituzionali di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa».

presentazione della S.C.I.A., si presenti contraddittorio con la contestuale presenza di un potere di autotutela che, come si è osservato, è invece temporalmente limitato; è «difficile accettare che la legge ammetta la coesistenza, in una stessa situazione, di due poteri con identico contenuto e tuttavia molto diversi, perché l'uno soggetto a un termine e l'altro invece no»; «se si accetta che l'amministrazione possa reprimere senza limiti temporali l'attività che risulti pienamente conforme alla dichiarazione, eliminandone gli effetti, risulta sostanzialmente eludibile la disposizione che richiama, per l'intervento successivo alla scadenza del termine, la necessità di rispettare i canoni dell'autotutela»⁹¹.

Infine, un caso del tutto peculiare è quello del privato che abbia presentato una istanza incompleta. La legge disciplina espressamente l'ipotesi in cui le dichiarazioni della segnalazione non corrispondano al vero: «in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali di cui al comma 6, nonché di quelle di cui al capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti previsti nella prima fase temporale» (art. 19, comma 3); non esiste invece una disposizione altrettanto chiara nel caso in cui le dichiarazioni siano semplicemente carenti. Orbene, la soluzione, non scontata⁹², che la giurisprudenza è solita affermare in questi casi è che la segnalazione priva di alcuni requisiti minimi è una segnalazione del tutto «inefficace», con la conseguenza che l'amministrazione può esercitare gli ordinari poteri repressivi e non solo quelli in autotutela o sanzionatori, nei limiti sopra ricordati⁹³. La segnalazione incompleta, dunque, non abilita il privato ad

⁹¹ Cfr. A. TRAVI, *Dichiarazione inizio attività (dir. amm.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2, Milano 2008.

⁹² Merita, infatti, di essere ricordato che ai sensi dell'art. 19, comma 3, l'amministrazione competente, nel termine per l'esercizio del potere inibitorio, dovrebbe accertare l'eventuale «carezza dei requisiti e dei presupposti» della segnalazione, fatta salva la successiva possibilità per il privato di provvedere a conformare alla normativa vigente la sua attività entro un termine fissato dall'amministrazione (in ogni caso non inferiore a trenta giorni). Nel caso della S.C.I.A. incompleta e che non sia oggetto dei poteri suddetti nel termine di legge, dunque, non è solo il privato ad avere adottato un comportamento negligente ma anche l'amministrazione, che non ha verificato l'incompletezza dell'istanza nei termini previsti dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio.

⁹³ In questo senso il Consiglio di Stato, pronunciandosi sulla D.I.A. edilizia (vedi nota 70), ha affermato che «le esigenze di protezione dell'affidamento del privato, cui sono finalizzati i principi garantistici dell'autotutela, tuttavia, richiedono la sussistenza di alcuni requisiti minimi, in assenza dei quali la DIA deve ritenersi inefficace, con conseguente sottoposizione delle opere realizzate – in

intraprendere l'attività né consolida la sua situazione giuridica decorsi i termini per l'esercizio dei poteri inibitori. Il richiamo al potere inibitorio, tuttavia, dovrebbe consentire una possibilità per il privato di sopperire alle sue mancanze, conformandosi in un termine fissato dall'amministrazione alle richieste della stessa⁹⁴.

Queste brevi riflessioni non tolgono comunque la consapevolezza che sulla SCIA sono moltissimi i dubbi ed i problemi che rimangono, soprattutto in vista della gravità delle sanzioni penali per essa previste e dell'ambiguità di esse rispetto alla previsione di poteri in autotutela⁹⁵. La conseguenza è che «l'effetto è veramente paradossale: si è voluto liberalizzare un settore, semplificando l'attività amministrativa all'ingresso e poi il privato si trova in una situazione deteriore rispetto all'ipotesi di rilascio di un provvedimento espresso»⁹⁶.

L'istituto pare incarnare perfettamente (e sciaguratamente) il prodotto di quello che Carnelutti chiamò "inflazione legislativa": «l'aspetto macroscopico della crisi (della legge)» presenta «tutti i caratteri e le conseguenze dell'inflazione: *moltiplicazioni della quantità e scadimento della qualità*»⁹⁷.

quanto prive di titolo abilitativo – agli ordinari poteri repressivi dell'Amministrazione» (Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5513; negli stessi termini, v. anche T.A.R. L'Aquila, sez. I, 19 marzo 2015, n. 163, Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2014, n. 1413).

⁹⁴ «L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni» (art. 19, comma 3).

⁹⁵ Si fa riferimento, in particolare, ai problemi di coordinamento tra la previsione di un potere in autotutela dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 20, comma 3, in virtù del quale il contrasto con la normativa vigente al momento della scadenza del termine per provvedere e/o il difetto dei requisiti per l'utilizzazione dello strumento valgono a legittimare l'esercizio del potere di annullamento, con le garanzie che devono accompagnarlo, con la previsione di cui all'art. 21, comma 2, per cui le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso, si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività, ai sensi degli articoli 19 e 20, in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente (cfr. M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, nel *Libro dell'Anno del diritto*, Roma, 2014, p. 219 e ss.).

⁹⁶ R. DIPACE, *Le incertezze delle liberalizzazioni*, cit., p. 3.

⁹⁷ Corsivo dell'autore. Cfr. F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, p. 82.

2.5 Affidamento derivante da comportamenti “autoritativi” dell’amministrazione: la questione dei c.d. autolimiti

Ulteriori fattispecie nelle quali è possibile riscontrare una tutela dell’affidamento “di tipo ponderativo” sono quelle in cui l’affidamento matura a fronte di un comportamento espressione del potere amministrativo non riconducibile né ad un provvedimento espresso né ad una situazione di inerzia.

Ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui la pubblica amministrazione stabilisce e preordina la linea di condotta di un ente o di singoli uffici, di modo che coloro che entrano in contatto con queste strutture pubbliche possano prevedere ragionevolmente le loro scelte e il loro modo di agire futuri⁹⁸. Si tratta, in buona sostanza, di tutti quegli atti e fatti con cui il pubblico potere manifesta, per lo più nella fase procedimentale, le sue “intenzioni” ma che non costituiscono atti aventi una efficacia esterna e non hanno quasi mai carattere definitivo. Si è parlato, anche, dei c.d. autolimiti⁹⁹ o di atti di predeterminazione¹⁰⁰.

In dottrina si sono distinti comportamenti indirizzati al titolare dell’aspettativa, come le informazioni e le promesse, e comportamenti rivolti invece alla generalità dei consociati, tra cui la prassi amministrativa e le circolari¹⁰¹.

In relazione a tutte queste condotte si è evidenziato come, a fronte di un’effettiva idoneità a far maturare una situazione giuridica soggettiva di affidamento, nascesse nell’amministrazione non un vincolo a rispettare tali atti bensì un obbligo per l’amministrazione che volesse discostarsi dalla precedente linea di

⁹⁸Cfr. F. GAFFURI, *L’acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell’affidamento*, Milano, 2006, p. 157 e ss.

⁹⁹ Sul tema vedi P. M. VIPIANA, *L’autolimito della pubblica amministrazione. L’attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano, 1999.

¹⁰⁰ Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, per il quale «immaginare un’Amministrazione che predetermina la propria condotta significa, infatti, configurare una anticipazione dell’esercizio della sua discrezionalità dal momento finale della decisione al momento intermedio della valutazione dell’interesse, nell’ambito del complessivo e comparativo apprezzamento di tutti gli interessi coinvolti» (ID., *cit.*, p. 60). Secondo l’autore la predeterminazione dell’azione amministrativa «non costituisce un vincolo per l’azione» perché «nel caso in cui la predeterminazione dell’azione sia operata dall’Amministrazione stessa, non si assiste ad alcuna compressione della sua autonoma sfera di valutazione della rilevanza degli interessi in gioco» (ID., *cit.*, p. 61).

¹⁰¹ Cfr. F. MERUSI, *cit.*, p. 156 e ss.

condotta, definita per l'appunto da uno di questi atti, di motivare la scelta, dimostrando in particolare la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato¹⁰². Si tratta infatti di atti che, per natura, non sono vincolanti; dunque lasciano libera la p.a. di agire diversamente. La possibilità, tuttavia, che sia maturato un affidamento del privato impone all'amministrazione di motivare adeguatamente la sua scelta con riferimento all'oblazione dell'affidamento prodotto.

Per censurare il comportamento irragionevole della p.a. che si discosti immotivatamente da un precedente "autovincolo" parte della dottrina¹⁰³ ha fatto rinvio al vizio dell'eccesso di potere¹⁰⁴, nelle sue varie figure sintomatiche¹⁰⁵.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ In questo senso si sono esplorate molte delle sfumature che connotano questa figura prismatica di vizio: così, si è detto che l'inosservanza del precetto interno costituirebbe una deviazione della volontà dell'Amministrazione, ovvero che vi sarebbe un possibile profilo di contraddittorietà, a meno che l'allontanamento dallo schema recettivo interno non appaia giustificato, o ancora un vizio della funzione amministrativa, risultando la stessa esercitata senza il rispetto del principio gerarchico dell'organizzazione amministrativa (le tre ricostruzioni appartengono rispettivamente, e non solamente, a F. CAMMEO, *A proposito di circolari e istruzioni*, in *Giur. It.*, 1920, III, 5; U. FORTI, *Diritto Amministrativo*, Napoli, 1931, vol. II, 192; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 25; per una puntuale ricostruzione di queste come di altre voci del dibattito dottrinario sul rilievo dei c.d. autolimiti in sede legittimità si rinvia all'indagine scientifica già compiuta da A. POLICE, *cit.*, p. 320 e ss).

Per quanto riguarda la prassi amministrativa, Giannini negli anni ottanta affermava che è illegittimità, nella fattispecie dell'eccesso di potere, la «violazione immotivata di regole di prassi consolidata» (M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 430). Quanto invece all'attività amministrativa in violazione di una circolare, già lontana dottrina affermava che, se non accompagnata dai motivi che giustificano un simile discostamento, risulta «priva di rispondenza all'interesse pubblico, priva di causa, viziata dunque di eccesso di potere» (F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1911, III, 107)

¹⁰⁴ Sull'eccesso di potere, a tutti noto come "vizio della funzione amministrativa" (F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 1), non pare opportuno soffermarsi, rinviando ad alcuni dei numerosi contributi in materia: cfr. A.M. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 329; A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità europee*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 608. Tra le tante possibili definizioni ci si limita a ricordare quella che diede anni fa Oreste Ranelletti, che pare ancora oggi illuminante: «ogni atto presuppone una serie di condizioni, di elementi, cioè stati di fatto e di diritto nel concorso dei quali soltanto può essere legittimamente emanato. L'Autorità amministrativa può emanare l'atto, in quanto quelle condizioni ed elementi siano realizzati; ed essi, perciò, si presentano nel processo volitivo dell'Autorità stessa, come stati di fatto o di diritto, nel presupposto dell'esistenza dei quali l'Autorità può emanare l'atto amministrativo. Essi costituiscono i presupposti dell'atto amministrativo. Ogni vizio dei motivi determinanti dell'atto amministrativo, cioè nelle condizioni o stati di fatto o di diritto, nel presupposto dell'esistenza dei quali si determina la volontà dell'organo amministrativo, costituisce eccesso di potere. Tutti i casi di eccesso di potere che la nostra giurisprudenza amministrativa ha messo in luce, rispondono a questo concetto» (O. RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928).

Altra componente dottrinarica ha invece messo in evidenza come sia possibile configurare queste fattispecie anche in modo diverso; se gli atti di predeterminazione hanno generato un affidamento allora l'inosservanza dei criteri di scelta prefissati dall'amministrazione «*integra immediatamente e direttamente* (corsivo dell'autore) una violazione del principio dell'affidamento, che regola il rapporto amministrativo e rileva come contrarietà alla legge»¹⁰⁶. Non è necessario ricorrere all'eccesso di potere se intendiamo il principio del legittimo affidamento come principio generale

¹⁰⁵ Come noto, storicamente, l'unica figura sintomatica dell'eccesso di potere era rappresentata dallo sviamento di potere: l'annullamento dell'atto era possibile solo laddove si dimostrasse che la pubblica amministrazione avesse agito mossa da un interesse diverso da quello predefinito dalla legge. La difficoltà di dimostrare in giudizio l'effettiva esistenza di una devianza dalla causa tipica ha tuttavia indotto la giurisprudenza amministrativa ad abbandonare tale figura unitaria a favore della elaborazione di una pluralità di "figure sintomatiche" dell'eccesso di potere, quali, a solo titolo esemplificativo, l'errore di fatto, la motivazione insufficiente, la disparità di trattamento, il travisamento dei fatti o l'ingiustizia grave e manifesta. A ciascuna di queste figure corrisponde la violazione di un principio di carattere generale: la disparità di trattamento implica una violazione del principio di uguaglianza, la contraddittorietà quello di ragionevolezza e così via (cfr. G. ROSSI, *cit.*, p. 334 e ss.). In un primo momento queste figure furono ritenute solo sintomatiche dello sviamento di potere, per poi progressivamente acquisire nella prassi giudiziaria, con il passare degli anni, una loro autonomia. Ad oggi è dunque sufficiente, in presenza di una specifica domanda, che ricorra una di esse affinché si possa annullare un provvedimento amministrativo senza che sia necessario effettuare un confronto tra l'interesse pubblico tipico e l'interesse concreto perseguito dall'amministrazione per dimostrare lo sviamento di potere e cioè che quest'ultima non abbia perseguito le finalità istituzionali che la legge gli impone di assicurare. In definitiva, le figure in esame sono divenute «regole di condotta tipizzate a livello giurisprudenziale, secondo uno schema aperto che consente il continuo adattamento alle esigenze di tutela, la cui violazione determina l'illegittimità degli atti impugnati (Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2013 n. 4174)».

¹⁰⁶ Sulla scia di F. MERUSI, *cit.*, p. 156, al quale si deve l'aver individuato nelle fattispecie in esame un'applicazione concreta del principio del legittimo affidamento, si esprime in questi termini C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alla regole del rapporto*, Milano, 2008, p. 273. Ravvisa la tutela dell'affidamento ed in principio di buona fede come giustificazione delle forme di predeterminazione delle decisioni dell'amministrazione anche A. POLICE, per il quale la predeterminazione della propria condotta da parte dell'autorità «realizza al massimo grado quelli che sono i contenuti più profondi della domanda di legalità sostanziale delle scelte pubbliche: l'imparzialità, la tutela dell'affidamento dei cittadini, la democraticità complessiva dell'azione» (A. POLICE, *cit.*, p. 63). E' tuttavia soprattutto nella possibilità di tutelare l'affidamento dei cittadini e di indurre l'Amministrazione a comportarsi secondo buona fede che deve rinvenirsi il fondamento primo delle forme di predeterminazione dell'azione amministrativa; se la ragion d'essere di tali forme dovesse individuarsi esclusivamente nel principio di imparzialità non vi sarebbe infatti necessità alcuna di una loro graduale pubblicazione e progressiva esternazione ma verrebbero alla luce soltanto al momento della decisione finale, come parte della motivazione del provvedimento (ID., *cit.*, p. 67). Gli atti di predeterminazione «fanno sorgere negli amministrati un'aspettativa di risultato, e, quando questa aspettativa resta insoddisfatta, sono gli stessi criteri e canoni predeterminati di decisione a costituire una stretta griglia di verifica della scelta finale assunta dall'amministrazione pubblica» (ID., *cit.*, p. 295). L'autore sottolinea, quindi, come se da un lato la indicazione in via preventiva delle scelte di base consenta la prevedibilità dell'azione amministrativa e faccia sorgere negli amministrati un giustificato affidamento sull'esito dell'azione amministrativa, dall'altro offra esso stesso i mezzi per la sua tutela (ID., *cit.*, p. 63).

posto a tutela dell'affidamento del privato in qualunque fattispecie amministrativa esso venga in essere.

Ricorrere quindi il modello di tutela dell'affidamento fin qui considerato, con la sola differenza che il bilanciamento tra interessi, in tali casi, non è esercitato nella fase di autotutela, in sede "riesercizio" del potere, bensì, in assenza di un'antecedente attività provvedimentale in senso stretto, a fronte di un'esternazione "provvisoria" ed "atipica" della volontà della p.a., di cui l'amministrazione deve tener conto nel rideterminare la sua volontà.

Anche la giurisprudenza segue il passo dell'elaborazione scientifica e appare sempre più incline alla considerazione dell'affidamento del privato nelle fattispecie in esame.

Un caso interessante in questo contesto è quello del valore della prassi amministrativa, che per lungo tempo è stato ben poco caldeggiata dal giudice amministrativo¹⁰⁷.

La prassi amministrativa viene in rilievo, per esempio, in caso di recupero di somme stipendiali nei confronti dei pubblici dipendenti (il cui rapporto di lavoro non sia stato contrattualizzato), che si verifichi a fronte di una consuetudine amministrativa di lunga data di segno opposto¹⁰⁸. La giurisprudenza costantemente ritiene che non sono ostative le situazioni di affidamento del percipiente rispetto all'effettuazione del recupero medesimo, ma possono tutt'al più condurre ad un'equa rateizzazione del recupero, che è sempre giustificato dal fatto che le amministrazioni

¹⁰⁷Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 1987, n. 403, secondo cui la prassi, costituita da comportamenti osservati in modo costante ed uniforme dall'Amministrazione, senza alcuna convinzione della loro obbligatorietà e la cui legittimità è condizionata dalla conformità alle norme vigenti, non è fonte del diritto e, per tale ragione, non può valere per sanare l'illegittimità della concessione edilizia. Sul tema v., per tutti, S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2013, fasc.1-2, p. 149.

¹⁰⁸ Sul tema, *ex multis*, cfr. E. MELE, *Repetitio indebiti e certezza del diritto*, in *Foro amm.*, 1987, p. 1003 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Procedimento ed ordine di recupero di somma indebitamente corrisposte a pubblici dipendenti*, in *Giur. it.*, 1993, III, 709 ss.; F. MANGANARO, *Ripetizione dell'indebito dal dipendente pubblico e buona fede nella riscossione*, in *Dir. amm.*, 1994, 125 ss.; G. CREPALDI, *La ripetizione dell'indebito da parte dell'amministrazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, pp. 1831 ss.; G. FARES, *Indebito oggettivo e p.a.*, in *St. iur.*, 2004, pp. 667 s.; G. IUDICA, *Ripetizione d'indebito e legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, pp. 1181 ss.

sono portatrici dell'interesse a rimediare ad un'indebita spendita di pubblico denaro¹⁰⁹.

In materia si sta costituendo, tuttavia, un nuovo indirizzo giurisprudenziale, più sensibile alla tutela della posizione del privato¹¹⁰. Secondo questo recente orientamento in questi casi una soluzione di concreta giustizia deve essere rapportata alle singole fattispecie dedotte in giudizio: non è possibile non considerare, «una serie di elementi come, ad esempio, ove risieda l'errore che ha portato alla corresponsione delle somme in controversia e cioè se di esso si possa fare carico alla sola Amministrazione, il lungo lasso di tempo tra la data di corresponsione e quella di emanazione del provvedimento di recupero, l'eventuale tenuità delle somme corrisposte anche in riferimento ai servizi resi, la complessità della macchina burocratica dalla quale è scaturito l'errore di conteggio»¹¹¹; di tutte queste circostanze l'amministrazione deve tener conto, onde non incorrere nella «lesione del principio del legittimo affidamento»¹¹².

Tale giurisprudenza sembra, dunque, aver fatto propria non solo la consapevolezza che anche da tali atti o fatti dell'amministrazione ben può sorgere un affidamento meritevole di tutela del privato, ma anche quella, proposta dalla dottrina¹¹³, di poter fare appello, direttamente, al principio del legittimo affidamento come fonte giuridica della tutela dell'affidamento.

Altro interessante caso è quello degli atti endoprocedimentali con cui la p.a. anticipa criteri interpretativi, valutativi o decisionali, ipotesi che è stata oggetto di una recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 19.2.2013, n. 1023. Nella

¹⁰⁹ A dire il vero, si è sottolineato come già nel 1992 cinque decisioni dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato (n. 20, 21, 22, 23/1992 e n. 11/1993) avevano affermato che, ai fini del recupero di somme erroneamente pagate al dipendente, l'amministrazione deve prima valutare l'affidamento ingenerato nel lavoratore, anche in relazione al tempo trascorso dall'originaria liquidazione degli importi. Queste decisioni non ponessero criteri per i predetti accertamenti, rimessi alla valutazione della stessa amministrazione, impedendo così di dare concretezza al concetto di legittimo affidamento, e che comunque le stesse saranno poi contraddette da successive sentenze, che riterranno il recupero di somme erroneamente corrisposte un atto dovuto, al quale resta del tutto estranea l'eventuale buona fede del beneficiario (cfr. R. SESTINI, *cit.*, p.7).

¹¹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2012, n. 2118; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6291.

¹¹¹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 7 giugno 2013, n. 3030.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Vedi nota 106.

fattispecie, concernente la materia edilizia, il giudice di primo grado aveva accolto il ricorso proposto da alcune società immobiliari per vizio di eccesso di potere, ravvisato nel comportamento procedimentale del Comune il quale, nell'ambito di una complessa vicenda, che qui non si ritiene necessario riportare puntualmente, aveva assunto un comportamento contraddittorio. Il Comune aveva infatti assunto, in una serie di note, delle valutazioni diverse da quelle prospettate nella decisione finale, senza dare poi in questa «adeguato conto dei motivi su cui si fonda il mutato avviso»: così che lo stesso «– senza spiegarne le ragioni – modifica la precedente interpretazione pur non essendo mutata la situazione in fatto»¹¹⁴. Il Consiglio di Stato, di diverso avviso rispetto al T.A.R., afferma invece che «nella presente fattispecie il giudice di primo grado ha rilevato il contrasto tra un atto per certo provvedimentale, quale è il titolo edilizio» ed «un atto che assodatamente provvedimentale non è, posto che la nota del Comune (...) identifica un parere reso dall'Amministrazione Comunale» ed offre una «interpretazione che è stata data – per l'appunto – dall'Amministrazione Comunale quale mero supporto documentativo per la formazione del parere che – a sua volta – il consulente medesimo doveva esprimere ma che, stante la non pertinenza dell'interpretazione stessa ad un procedimento di rilascio del titolo edilizio promosso dalla parte a ciò direttamente interessata (...), non poteva essere ad essa opposto con la forza propria di un provvedimento amministrativo, configurandosi – al più – quale mera “*dichiarazione di scienza*” da parte dell'Amministrazione Comunale»¹¹⁵.

Orbene, nonostante la diversa conclusione del Consiglio di Stato (che tra l'altro si sofferma comunque sulla non pertinenza di quella nota in relazione al provvedimento che sarebbe stato in contrasto con essa), anche questo caso denota come si stia lentamente rafforzando il ruolo di questi atti interpretativi endoprocedimentali e della speculare posizione del privato che li riceve, così che pare potersi osservare una progressiva diffusione dell'idea che se l'amministrazione è totalmente libera di non adeguarsi a questi atti non vincolanti, ciò non esclude

¹¹⁴ Cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, 12 settembre 2007, n. 117.

¹¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2013, n. 1023.

tuttavia che gli stessi possano costituire fonte di affidamento e dunque la p.a. debba motivare la sua “diversa valutazione dei fatti” in sede provvedimentale.

Discorso simile può essere svolto sul tema delle circolari amministrative¹¹⁶, con esclusione di quelle in materia fiscale (in relazione alle quali il legittimo affidamento del privato trova per legge ampio favore)¹¹⁷. La circolare è una norma “interna”¹¹⁸, un atto non avente carattere normativo, mediante il quale l'amministrazione fornisce indicazioni in via generale e astratta in ordine alle modalità con cui dovranno comportarsi in futuro i propri dipendenti ed i propri uffici¹¹⁹. Come chiarito, anche di recente, dalla giurisprudenza amministrativa «le circolari amministrative sono atti diretti agli organi e uffici periferici ovvero sottordinati, che non hanno di per sé valore normativo o provvedimentale»¹²⁰; le stesse «non rivestono una rilevanza determinante nella genesi dei provvedimenti che ne fanno applicazione» e «non sono vincolanti per i soggetti estranei all'amministrazione, mentre, per gli organi destinatari esse sono vincolanti solo se legittime, potendo essere disapplicate qualora siano *contra legem*»¹²¹.

¹¹⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1960, 1 ss; M.P. CHITI, *Circolare*, in *Enc. dir. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988; F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.* vol. III, Torino, 1992, 54 ss.

¹¹⁷ L'art. 10, comma 2, della legge n. 212 del 27 luglio 2000, “Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente”, statuisce 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». Tra gli atti ben possono rientrare evidentemente le circolari, che quindi in materia fiscale acquisiscono un certo effetto "esterno", quanto meno come causa di esclusione per l'applicazione di sanzioni e il recupero degli interessi. Per un approfondimento del tema si rinvia alla sentenza della Corte di cassazione, Sezioni unite civili, 2 novembre 2007, n. 23031 e in dottrina a M. TRIVELLIN, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Milano 2009, p. 206 e ss; G. MARONGIU, *Statuto del contribuente, affidamento e buona fede*, in *Rass. Trib.*, 2001, 1275 ss; E. DELLA VALLE, *Revirement ministeriale e buona fede nell'esercizio della funzione impositiva*, in *Riv. Dir. trib.* 1995, I, 587.

¹¹⁸ Cfr. F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963.

¹¹⁹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 551 e ss. 1989, 55.

¹²⁰ Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7521 e la giurisprudenza *ivi* citata.

¹²¹ *Ibidem*.

Ebbene, se la giurisprudenza afferma da sempre che le circolari non siano vincolanti per l'amministrazione¹²², la stessa riconosce, tuttavia, che l'amministrazione, per potersi discostare da circolari legittime senza incorrere in vizi, deve adeguatamente motivare questa scelta: «la pubblica amministrazione può in via generale discostarsi dalle indicazioni contenute in una circolare, motivando adeguatamente tale scelta sulla base della concreta e specifica conformazione che si ritiene conveniente debba assumere la cura del pubblico interesse»¹²³. Dunque, ancora una volta, la presenza di una situazione soggettiva di affidamento non esclude che un interesse pubblico prevalente possa comportarne l'oblazione ma genera, viceversa, la necessaria valutazione ed esternazione del giudizio sulla cui base si palesa tale prevalenza e la sede a ciò deputata è la motivazione dell'atto difforme alla circolare.

L'orientamento sopra descritto pare aver avuto ormai definitiva consacrazione posto che la giurisprudenza più recente riconduce, pacificamente, tra le singole figure sintomatiche dell'eccesso di potere, «la contraddittorietà interna ed esterna¹²⁴, la violazione di circolari, di norme interne o della prassi amministrativa»¹²⁵.

Lo stato dell'arte, oggi, vede dunque nell'eccesso di potere il principale strumento di rilievo di comportamenti lesivi dell'affidamento maturato da precedenti condotte o atti dell'amministrazione; in tale contesto non mancano tuttavia rare

¹²² *Ex multis* cfr. Cons. Stato: sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4859; sez. IV, 12 giugno 2010, n. 3877 nonché la recente decisione del Cons. Stato, Sez. VI, 30.04.2013, n. 2374 per cui «alla mancata impugnativa della circolare ministeriale, il Collegio deve confermare la giurisprudenza consolidata, da cui non vi è motivo di discostarsi per il caso di specie, per la quale le circolari amministrative sono atti diretti agli organi ed uffici periferici ovvero sottordinati, e non hanno di per sé valore normativo o provvedimentale o, comunque, vincolante per i soggetti estranei all'Amministrazione».

¹²³ Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2001, n. 4466.

¹²⁴ La contraddittorietà tra gli atti del procedimento si può rinvenire «allorquando sussista tra più atti successivi un contrasto inconciliabile tale da far sorgere dubbi su quale sia l'effettiva volontà dell'amministrazione», purché non si tratti di «provvedimenti che, pur riguardanti lo stesso oggetto, siano adottati all'esito di procedimenti indipendenti (...) o, comunque, qualora si tratti di due diversi atti che, ancorché inerenti al medesimo oggetto, provengano da uffici diversi e non entrambi competenti a provvedere o siano espressione di poteri differenti (...) o – ancora – allorquando il nuovo provvedimento dell'Amministrazione, diverso da quello pregresso, sia stata adottata alla stregua di presupposti in parte differenti concretatisi “*medio tempore*” (Consiglio di Stato, sez. IV, 19 febbraio 2013, n. 1023).

¹²⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2013 n. 4174.

sentenze in cui la giurisprudenza fa appello direttamente al principio del legittimo affidamento¹²⁶.

3. Sull'applicabilità di questo modello di tutela a fattispecie amministrative “strutturalmente diverse” dall'autotutela. Sull'affidamento:

3.1 Derivante da un provvedimento amministrativo nullo

Un primo caso su cui è opportuno soffermarsi è quello dell'annullamento d'ufficio di un provvedimento nullo¹²⁷ da cui sia sorta un'aspettativa meritevole di tutela del privato. L'ipotesi è apparentemente identica alla fattispecie tradizionale dell'autotutela ma in realtà se ne discosta profondamente.

La dottrina è da sempre combattuta nel ritenere legittima questa discussa forma di una autotutela “atipica”. Il problema si lega allo stesso modo di intendere la nullità: «se, seguendo le sirene della scuola effettuale, reputiamo che l'atto esiste solo se è efficace per il diritto dobbiamo concludere che l'atto nullo, in quanto

¹²⁶ Vedi T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 7 giugno 2013, n. 3030, sopra commentata.

¹²⁷ Sulla nullità si rimanda, *ex multis*, a V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 02, 436; A. CARBONE, *La nullità*, in *Il processo amministrativo nella giurisprudenza. Commento sistematico ai principali istituti*, a cura di P. Clarizia - F. Freni, Milano, 2012, p. 103; ID., *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 795 ss; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'Azione Amministrativa*, Milano, 2011; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.* 2011, 01, 269; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010; R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, 2009.; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007; N. IMMORDINO- M.C. CAVALLARO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21-septies L. 241/1990*, su www.giustamm.it, n. 9/2007; A. LAMORGHESE, *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, su www.giustamm.it, n. 7/2007; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 368 ss.; S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, su www.giustamm.it, n.5/2005; M.L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimento: prospettive di tutela tra g.o. e g.a.*, in *Dir. Amm.*, 2007, 586; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* (a cura di E. Cardi e A. Nigro), Bologna, 2002; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; ID., *Nullità e risultato*, in M. Immordino-A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004.

inefficace in via originaria, non esiste e, pertanto, non può ingenerare alcun affidamento tutelabile, con l'aggiunta, dogmaticamente implacabile, che la rimozione dell'atto nullo è un atto dichiarativo non incasellabile nell'autotutela vera e propria»; «se invece, seguendo la più rigorosa scuola reale (o realistica), capovolgiamo il discorso possiamo reputare che intanto il problema degli effetti si pone in quanto esiste un atto qualificabile come inefficace, e che, quindi, l'atto non è inesistente perché inefficace ma è inefficace siccome esistente; con il corollario che l'atto nullo è un atto (ancorché gravemente invalido ed inefficace) che esiste *in rerum natura* come nel mondo giuridico e, pertanto, può, con la sua apparente efficacia, sprigionare un affidamento legittimo ove (pur se con maggiori difficoltà) ricorrano i tre elementi che rendono l'affidamento ragionevole, legittimo e stabile»¹²⁸.

In giurisprudenza era maturato un indirizzo giurisprudenziale secondo cui anche in questi casi il provvedimento dichiarativo degli effetti dovrebbe «ugualmente tener debitamente conto degli affidamenti ingenerati da provvedimenti pur nulli, i quali hanno comunque modificato la realtà fattuale e giuridica, in ossequio al generale e fondamentale principio di derivazione comunitaria di tutela dell'affidamento»¹²⁹. La giurisprudenza equiparava così apertamente il caso di specie alle altre fattispecie applicative del principio del legittimo affidamento, invocando, anche in questo caso, la ponderazione, di un'aspettativa meritevole di tutela con l'interesse pubblico alla rimozione di un provvedimento nullo.

Sulla questione sono intervenute tuttavia di recente le Sezioni Unite della Cassazione¹³⁰, le quali, pur pronunciandosi in ordine al problema dell'individuazione del giudice competente¹³¹, paiono aver dato, invece, una risposta anche alla questione in esame. La Corte attribuisce la cognizione della causa alla giurisdizione del giudice ordinario, sulla scorta delle considerazioni che «la declaratoria in via di autotutela della nullità di un atto amministrativo, ove la si ammettesse, in null'altro

¹²⁸ F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 2, 2008, 425.

¹²⁹ T.A.R. Catania, sez. I, 12 aprile 2012, n. 1006.

¹³⁰ Cass., Sez. Unite, 17 marzo 2013, ordinanza n. 12110.

¹³¹ Il caso riguardava l'accertamento d'ufficio, in via amministrativa, della nullità incidente poi su contratti assunti dall'amministrazione.

consisterebbe se non in un'operazione di accertamento della radicale patologia di quell'atto, e pertanto dell'impossibilità che esso produca validamente effetti, con la conseguente affermazione della medesima amministrazione di non essere vincolata da tali effetti». Ne consegue che la declaratoria della nullità «non configura un atto autoritativo» ma «si configura come una mera ricognizione di una situazione giuridica d'inidoneità dell'atto a produrre *ex se* effetti di alcun genere»¹³².

Per quanto, invece, qui interessa, ossia la questione della tutela dell'affidamento, una simile ricostruzione differenzia, così, profondamente l'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo da quello nullo. La mancata applicazione della norma sui poteri di riesame si giustifica, infatti, con la differente natura del potere qui considerato perché, sebbene esteriormente la rimozione di un provvedimento illegittimo non differisce molto da quello nullo, un esame approfondito denota invece che si tratta di un potere di accertamento, avente valore dichiarativo, piuttosto che costitutivo e discrezionale. Ne deriva che la mera "dichiarazione" di nullità di un provvedimento dell'amministrazione esclude quella ponderazione che si è visto essere il cuore della tutela dell'affidamento, non trattandosi proprio dell'esercizio di alcun potere amministrativo ma solo di un atto accertativo.

La soluzione lascia perplessi. E' vero, infatti, che il provvedimento è nullo ma il provvedimento nullo è comunque un provvedimento che è effettivamente esistito nella realtà fattuale. Ragioni minime di buon senso e di civiltà giuridica impongono allora di prender atto che esso ben potrebbe essere stato fonte di un affidamento per il suo destinatario, anche perché non si può pretendere che il comune cittadino conosca i vizi di nullità del provvedimento.

Merita, inoltre, di essere ricordato che l'azione di accertamento della nullità di un provvedimento può essere proposta entro un termine di sei mesi (mentre è rilevabile d'ufficio ed eccepibile senza alcun limite temporale¹³³). Trascorso tale

¹³² Cass., Sez. Unite, 17 marzo 2013, ordinanza n. 12110.

¹³³ Ai sensi dell'art. 31, comma 4, del c.p.a. (d.lgs. n. 104/2010) «la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV».

periodo, il destinatario del provvedimento nullo è dunque *a fortiori* legittimato ad avere un'aspettativa sul mantenimento e sulla stabilità del beneficio che derivi dal provvedimento nullo poiché può confidare nel fatto che, tramite l'esaurirsi del termine suddetto, le posizioni giuridiche acquisite si "consolidano" nella sua sfera giuridica.

Anche, comunque, qualora non operi alcuna "tutela ponderativa", perché, conformemente alla decisione delle Sezioni Unite, non vi sarebbe spendita di un potere amministrativo, dovrebbe quanto meno rimanere sempre la strada *ex post* della tutela risarcitoria dell'affidamento per comportamento scorretto ma legittimo dell'amministrazione¹³⁴. Se una situazione giuridica soggettiva di affidamento vi è stata, essa non potrà non rilevare in un'ottica di scorrettezza comportamentale, per avere l'amministrazione adottato un atto profondamente viziato attributivo di un vantaggio poi rivelatosi non legittimo.

3.2 Nascente da attività illegittima e che si confronta con il potere sanzionatorio

La materia edilizia è governata da un principio, ormai radicato, per cui il potere repressivo delle violazioni compiute da chi edifica non è in quanto tale sottoposto a termini di decadenza né di prescrizione, ma è esercitabile in ogni tempo, poiché gli illeciti edilizi hanno carattere permanente¹³⁵. Il tempo curerà dunque tutte le ferite ma non sana gli abusi edilizi.

I provvedimenti sanzionatori in materia edilizia sono dunque atti vincolati, che non richiedono una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico che si intendono tutelare, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, «non potendosi ammettere l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può legittimare»¹³⁶. Non può proprio esistere un affidamento alla conservazione di una

¹³⁴ Cfr. il cap. III.

¹³⁵ La giurisprudenza sul punto è numerosa; si veda, per tutte, la recente Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3847.

¹³⁶ In questi termini Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2038.

situazione di fatto abusiva in forza di una legittimazione fondata sul tempo, qualunque sia l'entità dell'infrazione e il lasso temporale trascorso; il fattore tempo non agisce «in sinergia con l'apparente legittimità dell'azione amministrativa favorevole, a tutela di un'aspettativa conforme alle statuizioni amministrative pregresse»¹³⁷.

Anche l'ordine di demolizione, come tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, quale atto vincolato, non richiederebbe così una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico; non una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati; non una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione¹³⁸. A fronte di un abuso edilizio che arreca un “*vulnus*” all’assetto del territorio «non può opporsi alcuna valutazione discrezionale con riguardo alla ingiunzione di demolizione in quanto il giudizio di anti giuridicità dell’operato è già complessivamente contenuto nella legge, sicché non vi è ragione di una specifica motivazione sulla preminenza dell’interesse pubblico e, ancor meno, su una dovuta *ponderazione tra interessi pubblici e privati coinvolti*»¹³⁹.

Orbene, è a tutti noto che, ai sensi dell’art. 3 della legge n. 241/90, ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, a meno che non si tratti di atti normativi ed a contenuto generale. E’ lecito, dunque, domandarsi come la giurisprudenza sia potuta pervenire alle conclusioni sopra ricordate.

Ebbene, alle due deroghe previste in via legale si aggiungono delle eccezioni “pretorie”, elaborate dalla giurisprudenza: quella dei provvedimenti favorevoli¹⁴⁰ e

¹³⁷ Cons. Stato, IV, 4 maggio 2012, n. 2592. In termini v. Cons. Stato, sez. VI, 31 maggio 2013, n. 3010.

¹³⁸ Vedi, ad esempio, Cons. Stato, VI, 11 maggio 2011, n. 2781.

¹³⁹ Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2705 (corsivo della sentenza).

¹⁴⁰ Ci si limita a ricordare che già prima della l. n. 241 del 1990 era diffusa la convinzione che i provvedimenti favorevoli fossero sottratti al rispetto dell’obbligo della motivazione posto che «l’atto amministrativo ampliativo richiede la motivazione solo quando si debba comparare l’interesse privato con l’interesse generale» (Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 1977, n. 205). Tale impostazione è stata oggetto di critiche sia in giurisprudenza (v. T.A.R. Puglia, Lecce, 25 luglio 1992, n. 257), che in dottrina (L. CIMELLARO, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della*

degli atti vincolati. Nell'ambito di quest'ultima categoria rientrerebbe, per l'appunto, il caso in esame¹⁴¹, in cui si è dunque affermato che non vi sarebbe necessità alcuna della motivazione perché di fronte all'esercizio di potere vincolato non occorre neppure l'indicazione dei presupposti e delle giustificazioni del potere da esercitarsi, essendo sufficiente ricorrere alla norma che giustifica il potere stesso¹⁴².

dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi, in *Dir. amm.*, n. 3/1995, p. 441), sottolineandosi come l'esigenza di motivare gli atti favorevoli rinverga il proprio fondamento nella salvaguardia dell'interesse della collettività e di eventuali interessi interferenti con quello tutelato dal provvedimento.

¹⁴¹ Quanto alla seconda categoria, essa comprende, oltre all'ordine di demolizione, anche altri provvedimenti. Si vedano, per esempio, Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2012, n. 2617, che ha escluso la motivazione con riferimento all'atto di inquadramento degli impiegati pubblici, avente carattere autoritativo e natura vincolata esclusivamente nell'interesse pubblico, in quanto espressione della potestà organizzativa dell'amministrazione; Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2012, n. 786, con riferimento al diniego di rilascio o alla revoca della patente di guida per coloro che sono stati sottoposti a misure di sicurezza personali, costituendo per l'amministrazione atto amministrativo vincolato attesa l'intervenuta misura di sicurezza personale.

¹⁴² V. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 1992, n. 174. Una totale estremizzazione, che vuole il potere vincolato come un caso ulteriore di assenza di motivazione, non pare del tutto condivisibile ma soprattutto legittima, posto che, come già ricordato, l'art. 3 impone oggi a tutti i provvedimenti la motivazione. In un caso come quello di specie appare allora più corretto, semmai, qualificare la motivazione come "semplificata", poiché come visto prima, sarà sufficiente l'indicazione dei presupposti di fatto e delle norme giuridiche, non invece assente. L'espressione, da intendere in senso atecnico, mira infatti ad indicare che, a differenza di quanto si verifica normalmente, in cui è necessario indicare sia i presupposti di fatto che le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, in tal caso è sufficiente il riferimento al compimento dell'abuso, che è un fatto di per sé significativo anche delle ragioni di diritto, trattandosi di rimuovere un illecito. In buona sostanza, nel caso di provvedimenti vincolati, l'obbligo di motivazione rimane ma per adempierlo è sufficiente il richiamo ai presupposti di legge richiesti per l'adozione della determinazione amministrativa.

C'è anche da dire che la questione oggi si complica anche per la presenza dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, che proprio per gli atti vincolati esclude l'attitudine caducante dei vizi formali, allorché risulti palese che il provvedimento non avrebbe comunque avuto un contenuto dispositivo diverso da quello in concreto adottato. Secondo un'ampia componente della dottrina e della giurisprudenza la disposizione non avrebbe, tuttavia, natura "sostanziale", così che essa non va a sanare il vizio e ad incidere sul regime di validità del provvedimento. Benché, infatti, sul punto non vi sia unanimità di vedute, se si ricostruisce la disposizione come una norma che mira a creare solo un meccanismo di conservazione processuale del provvedimento e non incidente sulla illegittimità del provvedimento affetto da vizi formali, la motivazione continua a rimanere un requisito necessario anche degli atti vincolati al pari, ad esempio, della comunicazione di avvio del procedimento. In buona sostanza il provvedimento rimane illegittimo ma non è annullabile. In senso favorevole alla natura sostanziale v. Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2006, n. 6194: «Qui, si è in presenza di una norma che si muove in un'altra ottica, definita dalla dottrina come quella del raggiungimento del risultato. L'entrata in vigore del citato art. 21 *octies* non ha, quindi, inciso sulle categorie dell'irregolarità e dell'illegittimità dell'atto amministrativo, né può aver determinato un affievolimento delle regole dell'azione amministrativa, che sono intimamente collegate alla tutela del cittadino. La novella legislativa si è limitata a codificare quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 *octies* il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente

La giurisprudenza ha tuttavia iniziato ad avvertire una certa difficoltà ad adottare il “criterio atemporale” del potere sanzionatorio in modo indiscriminato ed illimitato, con riferimento in particolare alla tutela del privato esposto, senza alcune termine cronologico, all’azione amministrativa sanzionatoria. Si è allora cominciato ad affermare, seppure in modo minoritario, che pur essendo orientamento consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale l’ingiunzione demolitoria è in linea di principio sufficientemente motivata con l’affermazione dell’accertata abusività dell’opera, allorquando per il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell’abuso ed il protrarsi dell’inerzia dell’Amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato, si ravvisa «un onere di congrua motivazione che indichi, avuto riguardo anche all’entità ed alla tipologia dell’abuso, il pubblico interesse - evidentemente diverso da quello al ripristino della legalità - idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato»¹⁴³.

Questa impostazione ha trovato di recente nuova linfa con la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27 settembre 2013, n. 1987¹⁴⁴, che ha ribadito come

dell’interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità)». Da ultimo, in senso contrario, militerebbe, oggi, il d.l. n. 133 del 2014 che ha modificato la disposizione di cui all’art. 21-*nonies* sull’annullamento d’ufficio, escludendo dalla possibilità di riesame proprio i casi di cui all’art. 21-*octies*, comma 2, ossia i c.d. vizi non invalidanti. La norma, attribuendo valore alla disposizione al di là della sede processuale, costituirebbe un ulteriore elemento a favore della tesi della natura sostanziale dell’art. 21-*octies*. Sul tema ci si limita a ricordare F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.Giustamm.it*; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime delle invalidità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*; D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 72; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. 241/90*, in *www.giustamm.it*; M. D’ORSOGNA, *Articolo 21 octies, comma 1*, in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 392; CERULLI IRELLI V. - DE LUCIA L. (a cura di), *L’invalidità amministrativa*, Torino, 2009.

¹⁴³ Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2006 n. 3270, ma anche prima di essa, anche Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2705, per cui l’ingiunzione a demolire si configura «come *atto dovuto* per il quale non esiste uno specifico obbligo di motivazione oltre la *descrizione* dell’abuso commesso e la *sua identificazione oggettiva*, salvi i casi eccezionali di lunghissimo lasso di tempo trascorso tra la realizzazione dell’opera abusiva e la irrogazione dell’ordine demolitorio» (corsivo della sentenza). In senso affine, vedi Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2006, n. 3283; Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2002 n. 3443; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 1999 n. 286; Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 1998 n. 1483; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 1996 n. 247; Cons. Stato sez. IV, 3 febbraio 1996 n. 95; Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 1994, n. 192; Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 1989, n. 127.

¹⁴⁴ La sentenza risulta appellata ma al momento non risulta ancora pubblicata la sentenza del Consiglio di Stato.

vi siano delle circostanze, quali il fatto che la costruzione in rilievo sia munita di un titolo edificatorio (venendo in questione delle semplici difformità dal medesimo) e siano passati svariati decenni dalla commissione della presunta violazione, in cui «la sottoposizione dei privati cittadini a procedimento sanzionatorio scuote per ciò stesso il valore della certezza delle situazioni giuridiche». Tale turbamento si verifica, a maggior ragione, quando l'azione sanzionatoria si indirizzi nei confronti di semplici aventi causa dal responsabile della presunta violazione e nasce anche dal fatto che l'attivazione del potere repressivo a tale distanza di tempo rende “oltremodo difficoltoso” l'esercizio del diritto di difesa da parte degli attuali proprietari, e, soprattutto, “improba” ogni iniziativa di rivalsa, da parte loro, nei riguardi degli effettivi responsabili dell'abuso. Il giudice amministrativo torna quindi a configurare l'esistenza di casi eccezionali in cui si impone un onere di motivazione adeguato dell'iniziativa sanzionatoria perché esso rappresenta il «contrappeso proprio alla mancanza di termini di prescrizione/decadenza per l'esercizio del potere repressivo»¹⁴⁵.

Si prospettino, dunque, due diversi orientamenti in materia: quello che esclude sempre e comunque la necessità della motivazione e quello che, invece, ravvisa in dei casi particolari, caratterizzati dal lungo intervallo di tempo trascorso tra abuso ed esercizio del potere sanzionatorio e dal fatto che l'opera è stata realizzata in modo difforme ma comunque autorizzata, il consolidarsi di una posizione di affidamento idonea a giustificare la tutela “ponderativa” della stessa. In questi casi, dunque, il potere sanzionatorio si configura come un vero e proprio un potere discrezionale e non vincolato¹⁴⁶.

¹⁴⁵ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27 settembre 2013, n. 1987.

¹⁴⁶ Nelle fattispecie tradizionali, finora considerate, il potere amministrativo nasce come discrezionale e l'affidamento che si forma in capo al privato entra a far parte dei vari interessi da valutare nell'esercizio della discrezionalità amministrativa. Nel caso di specie, invece, il potere amministrativo di riferimento, quello sanzionatorio, è un potere vincolato, ma al formarsi di una situazione di affidamento del privato, legata al trascorrere del tempo e all'inerzia dell'amministrazione, esso sembra “trasformarsi” in discrezionale. Ora, poiché non siamo di fronte ad un film di fantascienza, è chiaro che quanto descritto si fonda su un fondamento giuridico ben preciso, che non può che essere uno: il potere sanzionatorio non è sempre un potere vincolato ma se è esercitato al ricorrere di determinate circostanze fattuali (il lungo decorso del tempo e la posizione di affidamento stabile e ragionevole del privato), che sembrano giustificare una sorta di minore “disvalore della fattispecie”, è un potere discrezionale.

La questione appare tutt'altro che sopita posto che il Consiglio di Stato, nel 2014, è tornato sul punto, ribadendo ancora una volta l'indirizzo maggioritario. In tal sede si è affermato, a chiare lettere, che «è principio consolidato che la demolizione degli abusi edilizi non richieda nessuna specifica motivazione»¹⁴⁷, essendo sufficientemente motivata con l'affermazione dell'accertata abusività del manufatto. Ciò detto, il Collegio aggiunge tuttavia che «per taluni orientamenti giurisprudenziali, comunque di frequente contestati e senz'altro minoritari», resta salva una ipotesi, quella del lungo intervallo di tempo, come sopra ricordata, che è «la sola vicenda in cui potrebbe essere forse lecito ravvisare un onere di congrua motivazione che, avuto riguardo anche all'entità e alla tipologia dell'abuso, indichi il pubblico interesse, evidentemente diverso e ulteriore rispetto a quello al ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato»¹⁴⁸. Aggiunge quindi che, posto che nel caso di specie non si ricorre in questa fattispecie eccezionale, «l'orientamento da ultimo richiamato non convince il Collegio, che preferisce l'indirizzo dominante sull'inesistenza di un obbligo di motivazione “ulteriore”»¹⁴⁹.

Si ravvisa, quindi, un'ulteriore fattispecie di tutela dell'affidamento, dal carattere “eccezionale” ed incerto, che non si distingue di molto dai casi fin qui considerati quanto alla tecnica di tutela, che è sempre quella del bilanciamento con gli altri interessi in gioco, ma che assume un significato notevole nel tentativo di delineare in un'ottica generale, quali siano i caratteri del potere nei cui confronti può nascere una situazione di affidamento meritevole di tutela¹⁵⁰.

3.3 Negli atti generali di pianificazione

¹⁴⁷ Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4279.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Cfr. il paragrafo 6 di questo capitolo.

Gli atti di pianificazione urbanistica sono tradizionalmente qualificati come atti a contenuto generale¹⁵¹. Siamo quindi, in questo caso, in una di quelle categorie escluse in via legale dall'osservanza del generale obbligo di motivazione ai sensi dell'art.3 della legge n. 241 del 1990¹⁵².

¹⁵¹ Il potere di pianificazione urbanistica del territorio rientra, conformemente al riparto di competenze compiuto dall'art. 117 Cost. nella potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni; il suo esercizio è tuttavia normalmente attribuito, pur nel contesto di ulteriori livelli ed ambiti di pianificazione, al Comune. Il Piano regolatore generale è lo strumento per eccellenza di regolazione del territorio, la cui disciplina è contenuta nella nota legge n. 1150 del 17 agosto 1942, che ancora oggi costituisce la normativa fondamentale dell'attività di pianificazione urbanistica. Le prescrizioni ivi disposte sono di vario tipo, da quelle di suddivisione del territorio comunale in aree omogenee, con la previsione delle zone destinate alla espansione urbanistica e la determinazione dei vincoli da osservare in ciascuna zona (c.d. zonizzazione), a quelle di individuazione delle aree da destinare all'edilizia pubblica e privata, nonché ad opere ed impianti di interesse culturale, politico o sociale (c.d. localizzazione); da norme aventi prescrizioni concrete (come quelle conformative della proprietà) a norme dal carattere solo programmatico. Anche per questo motivo si è da sempre discusso di quale sia la natura di tale atto, tra natura regolamentare (quindi normativa) e provvedimento. L'orientamento maggioritario sembra favorevole ad una tesi intermedia, secondo la quale tale strumento appartiene alla categoria degli atti c.d. misti, contenenti sia previsioni di carattere programmatico, aventi natura normativa, sia previsioni di contenuto precettivo, cui, invece, va riconosciuta natura provvedimento (F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2012, p. 90 e ss., sottolinea come in realtà le due categorie in esame non siano sufficienti a spiegare il fenomeno delle pianificazioni e si rivelano quindi inadeguate). Quanto ai contenuti del P.R.G., il Consiglio di Stato, con la sentenza del 26 febbraio 2015 n. 960, ha di recente ricordato che l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti nell'ottica di uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, sia delle esigenze economico - sociali della comunità radicata sul territorio, sia, «in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione "de futuro" sulla propria stessa essenza, svolta - per autorappresentazione ed autodeterminazione - dalla comunità medesima, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio». In definitiva, il potere di pianificazione urbanistica «non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione temperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti». La legge 17 agosto 1942 n. 1150, d'altronde, individua il contenuto della "disciplina urbanistica e dei suoi scopi" (art. 1), non solo nell'"assetto ed incremento edilizio" dell'abitato, ma anche nello "sviluppo urbanistico in genere nel territorio della Repubblica". Per un approfondimento del tema in dottrina si ricorda, per tutti, il recente manuale di A. FIALE- E. FIALE, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2015.

¹⁵² Sul tema cfr. M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, fasc.3, p. 707. Si ricorda che ai sensi dell'art. 13 della legge n. 241 del 1990 anche le norme sulla partecipazione non si applicano nei confronti dell'attività «di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione». In dottrina si evidenzia come con una simile disposizione la legge n. 241 del 1990 attesti implicitamente l'insufficienza delle categorie proprie dei provvedimenti a spiegare il fenomeno delle pianificazioni. Sulla questione della natura del piano v. nota 17.

Conformemente a tale scelta del legislatore, la giurisprudenza ha da sempre pacificamente affermato che i piani regolatori e gli atti che esprimono scelte urbanistiche non necessitano di un supporto motivazionale, essendo la competenza pianificatoria permeata da elevata discrezionalità, così che la scelta in merito non è sindacabile al di là di alcuni casi macroscopici di illegittimità¹⁵³. L'unica manifestazione delle ragioni volitive dell'amministrazione competente è dunque quella ricavabile dai criteri generali, di ordine tecnico-discrezionale, seguiti nell'impostazione del piano stesso, «essendo sufficiente l'espreso riferimento alla relazione di accompagnamento al progetto di modificazione al piano regolatore generale»¹⁵⁴.

Sembra, dunque, che si sia al cospetto non di una vera e propria assenza di motivazione ma di una motivazione *per relationem*, anche se, a dire il vero, essa appare quanto meno “alleggerita” nei contenuti¹⁵⁵.

¹⁵³ Tra le tante vedi, di recente, Cons. Stato, 16 novembre 2011, n. 6049, che ricorda come secondo consolidata giurisprudenza «le scelte effettuate dall'Amministrazione nell'adozione degli strumenti urbanistici costituiscono apprezzamento di merito sottratto al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità»; in passato, Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 1990 n. 464 per cui la scelta del piano regolatore generale, inerente alla destinazione di aree, è insindacabile in sede di legittimità quando appaia basata su una istruttoria adeguata ed esente da vizi logici.

¹⁵⁴ *Ex multis*, Cons. Stato, 16 novembre 2011, n. 6049. Si è dunque, coerentemente, ricordato che il potere di pianificazione urbanistica, a maggior ragione in considerazione della sua ampia portata in relazione agli interessi pubblici e privati coinvolti, così come ogni potere discrezionale, non è sottratto al sindacato giurisdizionale, dovendo la pubblica amministrazione dare conto, sia pure con motivazione di carattere generale, degli obiettivi che essa, attraverso lo strumento di pianificazione, intende perseguire e, quindi, della coerenza delle scelte in concreto effettuate con i detti obiettivi ed interessi pubblici agli stessi immanenti. Tale onere di motivazione, di carattere generale, risulta tuttavia soddisfatto attraverso l'indicazione dei profili generali e dei criteri che sorreggono le scelte predette, senza necessità di una motivazione puntuale e "mirata" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012 n. 2710).

¹⁵⁵ In questo senso sembra militare quanto affermato dal Consiglio di Stato, che ha ricordato che il potere di pianificazione urbanistica, a maggior ragione in considerazione della sua ampia portata in relazione agli interessi pubblici e privati coinvolti, così come ogni potere discrezionale, non è sottratto al sindacato giurisdizionale, dovendo la pubblica amministrazione dare conto, sia pure con motivazione di carattere generale, degli obiettivi che essa, attraverso lo strumento di pianificazione, intende perseguire e, quindi, della coerenza delle scelte in concreto effettuate con i detti obiettivi ed interessi pubblici agli stessi immanenti. Tale onere di motivazione risulta soddisfatto attraverso l'indicazione dei profili generali e dei criteri che sorreggono le scelte predette, senza necessità di una motivazione puntuale e "mirata" (cfr. Cons. Stato, 16 novembre 2011, n. 6049). Se quindi non può dirsi totalmente assente la motivazione, *in primis* per soddisfare l'esigenza costituzionale di assicurare la tutela giurisdizionale del cittadino contro gli atti dell'amministrazione ai sensi dell'art. 113 Cost., appare qui tuttavia presente una motivazione solo *per relationem* e, oltre tutto, molto alleggerita nei contenuti, non essendo doverosa un'indicazione puntuale delle ragioni di fatto e di diritto che hanno motivato l'amministrazione ad agire in un certo senso.

Anche in questo caso, come quello del potere sanzionatorio, la giurisprudenza ha smussato il rigore del sopraesposto principio, avvertendo la necessità di una più puntuale motivazione dell'atto di pianificazione allorquando si siano verificate delle situazioni particolari idonee a generare un peculiare affidamento del privato interessato. Le evenienze che richiedono una più incisiva e singolare motivazione degli strumenti urbanistici generali sono: la lesione dell'affidamento qualificato del privato, derivante da convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi fra il Comune e i proprietari delle aree; le aspettative nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie o di silenzio rifiuto su una domanda di concessione; l'affidamento nascente dalla modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo¹⁵⁶. I principi in esame sono applicati anche nel caso delle varianti al piano regolatore generale, seppur in tal caso la giurisprudenza non sia uniforme, soprattutto sui rapporti tra affidamento e tra varianti generali e specifiche¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Le ricorda, da ultimo, Cons. di Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5453. In termini v. anche Cons. di Stato, sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4150; 16 novembre 2011, n. 6049; 12 gennaio 2011 n. 133; 9 dicembre 2010, n. 8682; 13 ottobre 2010, n. 7492. Alle fattispecie in questione la giurisprudenza aggiunge il superamento degli *standards* minimi di cui al d.m. 2 aprile 1968, con riferimento alle previsioni urbanistiche complessive di sovradimensionamento, indipendentemente dal riferimento alla destinazione di zona di determinate aree, fattispecie che tuttavia non pare fondarsi sulla tutela dell'affidamento.

¹⁵⁷ Secondo tradizione, è possibile operare una distinzione tra varianti normative, varianti specifiche e varianti generali. Le varianti normative hanno ad oggetto soltanto le norme di attuazione del Piano regolatore generale, non anche le planimetrie e, quindi, l'assetto urbanistico del territorio. Le varianti specifiche e varianti generali sono invece quelle che appartengono alla categoria delle varianti provvedimentali, aventi ad oggetto il potere di pianificazione urbanistica concretamente esercitato dall'Amministrazione. La loro distinzione si fonda sul fatto che le varianti specifiche interessano esclusivamente una parte del territorio comunale mentre quelle generali si sostanziano in una nuova disciplina generale dell'assetto del territorio (sulla distinzione cfr. Cons. di Stato, sez. IV, 21 agosto 2003, n. 4699). La loro presenza non è "patologica" bensì "fisiologica", atteso che il P.R.G. ha durata indeterminata ed è quindi necessario che sia soggetto a revisioni periodiche.

Orbene, quanto alla tutela dell'affidamento, tendenzialmente si esclude la necessità di motivazione in caso di variante generale, sul rilievo che si tratta di uno strumento che condivide la portata generale del piano e dunque segue la regola per o stesso prevista. (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2002, n. 4907 per cui una variante dichiaratamente destinata a tutelare l'ambiente, anche quando si risolve nell'imprimere ad un'area il connotato di zona agricola, non deve essere munita di una diffusa analisi argomentativa, avuto riguardo al valore, sul piano costituzionale fondamentale, a mente dell'articolo 9 della Carta, del paesaggio). Viceversa le varianti ad oggetto specifico, poiché non riconducibili alla categoria degli atti generali, necessitano di una vera e propria motivazione (v Cons. di Stato, sez. IV, 21 agosto 2003, n. 4699). E' invece comunque necessaria la motivazione per le varianti generali nel caso di reiterazione di vincoli a contenuto espropriativo (cfr. Cons. di Stato, A.P., 24 maggio 2007, n.7).

Se questa è l'impostazione maggioritaria non mancano tuttavia orientamenti minoritari che modulano diversamente il rapporto motivazione/variante. Secondo un primo indirizzo, le varianti specifiche

Orbene, in questi casi l'amministrazione competente dovrà illustrare nella motivazione l'avvenuta comparazione delle aspettative dei privati con l'interesse pubblico contrastante, dando atto, in particolare, del disposto mutamento della destinazione urbanistica dell'area¹⁵⁸.

Quanto poi alle condizioni fattuali che giustificano una simile deroga, si deve trattare, come visto, di elementi particolarmente qualificanti l'aspettativa del privato, al di là della "normalità" degli eventi che connotano il pre-esercizio del potere pianificatorio. Non si tratta, chiaramente, di un elenco tassativo: un simile rigore non avrebbe senso, trattandosi di un elenco formatosi proprio in via giurisprudenziale, dunque ragionevolmente flessibile a modifiche, cambiamenti o integrazioni. Questo è, per lo meno, l'orientamento che pare assumere la giurisprudenza, molto restia ad integrare la casistica in esame ma che, al contempo, pare comunque seguire la strada della verifica della idoneità, in concreto, dei fatti a supporto dell'affidamento e

necessitano di motivazione solo se destinate a modificare in senso peggiorativo le scelte urbanistiche contenute nel piano regolatore generale, imponendo nuovi vincoli o incidendo su aspettative legittime dei privati (v. per tutte T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 4 marzo 2003, n.852, che con riferimento alla contestata assenza di motivazione di una variante di siffatta natura, afferma che non vi era nella specie una situazione di particolare affidamento per gli interessati tale da imporre una motivazione più specifica e puntuale, «che è richiesta invero, come la giurisprudenza ha chiarito, solo in presenza di un piano attuativo o lottizzatorio già approvato e convenzionato, ovvero di una concessione edilizia già rilasciata, oppure di una sentenza di annullamento di un diniego di concessione edilizia o dichiarativa dell'obbligo di disporre la convenzione»). Altro orientamento ricorda, invece, che nei casi "peggiorativi" è necessaria un'adeguata motivazione anche per una variante generale al piano regolatore (v., tra le varie, Cons. di Stato, sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 865, per cui «una motivazione specifica è indispensabile quando la variante pregiudica un affidamento qualificato del privato sulla conservazione della disciplina esistente - configurabile nei casi di aspettative indotte da convenzioni di lottizzazione, da altri accordi urbanistici conclusi tra l'amministrazione e l'interessato o da giudicati di annullamento di dinieghi di concessione edilizia o di silenzio rifiuto su domande intese ad ottenere il rilascio del titolo a costruire -»; in queste ultime ipotesi «la motivazione richiesta non consiste in un generale raffronto tra l'oggetto della variante ed altre aree del territorio comunale potenzialmente utilizzabili, ma deve comprendere l'indicazione delle ragioni di pubblico interesse che giustificano il mutamento della qualificazione urbanistica della specifica zona interessata»). Sembra dunque che il tema della tutela dell'affidamento in relazione alle varianti unisca e "mischia" l'esigenza di motivazione fondata sulla presenza di un affidamento con quella basata sulla presenza di altri elementi, come il fatto che la variante specifica sia un provvedimento privo di carattere generale, dunque bisognoso di per sé e per legge di motivazione, con o senza affidamento, o la presenza di reiterazione di vincoli a contenuto espropriativo, il che impone sia un'adeguata istruttoria che motivazione considerata la natura pesantemente ablativa di tale provvedimento.

¹⁵⁸ V. Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5369, per cui la motivazione richiesta «non consiste in un generale raffronto fra l'oggetto della variante ed altre aree potenzialmente utilizzabili ricomprese nel territorio comunale, ma ha ad oggetto l'indicazione delle ragioni di pubblico interesse che giustificano il mutamento della qualificazione urbanistica della specifica zona interessata».

dunque della sua meritevolezza, seguendo la via di una valutazione caso per caso anche se piuttosto rigorosa¹⁵⁹.

Appare dunque evidente come torni, ancora una volta, quello si è visto essere il *leit motiv* del principio del legittimo affidamento: la presenza di una aspettativa meritevole di tutela impone all'amministrazione di esercitare il potere considerando questa situazione giuridica soggettiva e bilanciandola con gli altri interessi in gioco, potendola quindi anche sacrificare purché all'esito di un'adeguata valutazione in merito¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Cfr., a titolo esemplificativo, Cons. di Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5453, per cui «sotto il profilo della lesione dell'affidamento in sede di pianificazione urbanistica - come si è visto delimitato per esempio alla lesione dell'affidamento qualificato del privato, derivante da convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi fra il Comune e i proprietari delle aree, aspettative nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie - nessuna valenza può derivare da una autorizzazione rilasciata a titolo precario da un ente diverso (l'Ente Parco) da quello (il Comune di Besana in Brianza) nei cui confronti si invoca l'affidamento e sulla base di una disciplina di piano diversa da quella applicata dal Comune con gli atti contestati». Vedi anche Cons. di Stato, sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4150 per cui, «in sede di adozione di una variante allo strumento urbanistico, uno specifico obbligo di motivazione sussiste solo quando la nuova destinazione urbanistica incida su aspettative qualificate degli interessati, aspettative determinate dall'esistenza di un piano di lottizzazione approvato o convenzionato»; «sulla scorta di dette coordinate si tratta, dunque, di stabilire se, in sede d'adozione di una variante - sia pure preceduta da documentate trattative - cui, peraltro, non abbia fatto seguito alcun successivo strumento attuativo, debba tenersi conto di un affidamento qualificato nel privato, che la stessa giurisprudenza considera come condizione necessaria per costituire un obbligo di motivazione». Prosegue, quindi, il collegio affermando che nella fattispecie, «non rientrando nelle ipotesi definite dalla giurisprudenza, non può neanche ritenersi che le trattative abbiano condotto ad alcun risultato del tipo considerato; non si rientra neanche d'altronde nella ipotesi dell'affidamento qualificato da aspettative nascenti da giudicati di annullamento di dinieghi di concessione edilizia o di silenzio - rifiuto su una domanda di concessione»; «il Comune ha adottato una scelta che risulta comunque legittima e giustificata, avendo fatto emergere le ragioni che lo hanno indotto a ripristinare la anteriore destinazione del comprensorio come area sciabile non edificabile». Secondo Cons. Stato, sez. IV, 29 dicembre 2009, n. 9006, «nessuna aspettativa, invece, deriva dalla diversa destinazione urbanistica pregressa della medesima area, rispetto alla quale l'Amministrazione conserva ampia discrezionalità, potendo modificare in peius rispetto agli interessi del proprietario la destinazione urbanistica»; in senso negativo, anche Cons. di Stato, 4 novembre 2013, n. 5292, per cui «nemmeno l'appellante ha potuto legittimamente riporre, nel caso di specie, qualsiasi ragionevole affidamento o aspettativa sulla semplice adozione della disposizione particolare non approvata, poiché non rivestiva alcuna posizione differenziata e qualificata, che può sorgere solo a seguito di un piano attuativo approvato e convenzionato ovvero di un permesso di costruire già rilasciato oppure in esito a sentenza di suo annullamento o dichiarativa dell'obbligo di suo rilascio, laddove le osservazioni presentate dai privati in sede di pianificazione urbanistica non costituiscono rimedi giuridici, ma un semplice apporto collaborativo dato dai cittadini alla formazione del piano».

¹⁶⁰ Puntualmente T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 18 ottobre 2010, n. 6989, dopo aver ricordato che «le tre tipiche situazioni in cui la giurisprudenza amministrativa ha individuato interessi legittimi particolarmente qualificati, che impongono l'obbligo di motivare le scelte del piano, sono: a) quando sia stata stipulata una convenzione di lottizzazione; b) in caso di annullamento, con sentenza passata in giudicato, del diniego di concessione edilizia; c) allorché si addivenga alla reiterazione di un vincolo espropriativo scaduto», aggiunge tuttavia che tutto questo vale «con l'avvertenza che, l'esistenza di tali interessi particolarmente qualificati impone all'amministrazione soltanto l'onere di

3.4 Suscitato dall'interpretazione in buona fede degli atti dell'amministrazione

Il caso in esame e quello che sarà oggetto del successivo paragrafo costituiscono due ipotesi "limite" di tutela dell'affidamento, ossia al di là delle fattispecie tradizionalmente ricondotte al principio del legittimo affidamento. Ciò detto, anche questi casi sembrano ricchi di assonanze con quelli finora considerati, il che porta ad esaminare quanto anche essi possano essere ricondotti sotto l'egida del legittimo affidamento.

Esiste un principio fondamentale posto dal codice civile a regola dell'interpretazione degli atti di autonomia privata che recita: "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede" (art. 1366 c.c.). La norma fa parte di quel *corpus* di regole dedicato all'interpretazione del contratto e si colloca, tendenzialmente, nel novero delle regole di interpretazione oggettiva¹⁶¹. Fa quindi parte di quelle regole che riflettono parametri di "equilibrio, efficienza, razionalità e ragionevolezza"¹⁶² del rapporto contrattuale.

Il significato della disposizione è il seguente. Il riferimento alla buona fede va inteso come richiamo alla buona fede in senso oggettivo, ossia come regola di condotta che impone di comportarsi secondo lealtà e correttezza, non diversa da quella che in altre occasioni richiamata dal codice civile¹⁶³. La disposizione impone

motivare le proprie scelte, ma non la priva del potere di procedere comunque a sacrificare i ridetti interessi».

¹⁶¹ Tutte le regole interpretative hanno lo scopo comune di essere applicate ai segni con cui le parti hanno manifestato la loro volontà contrattuale per ricavarne un significato. Esse si distinguono, tuttavia, per la diversa logica con cui operano. Le regole di interpretazione soggettiva (artt. 1362 – 1365 c.c.) cercano il significato corrispondente alla "comune intenzione delle parti" (art. 1362 c.c.), mirando, quindi, a ricostruire ciò che concordemente la parti hanno voluto in relazione al regolamento contrattuale. Qualora tramite la loro applicazione non sia possibile giungere al risultato sopra descritto subentrano le norme di interpretazione oggettiva (art. 1366 - 1371 c.c.), che mirano invece ad attribuire al contratto il significato che la legge reputa obiettivamente congruo. Fra le due classi di regola esiste quindi una gerarchia: le regole di interpretazione oggettiva hanno valore sussidiario rispetto a quelle soggettive. Sul tema v. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 443 e ss.

¹⁶² In questi termini V. ROPPO, *Il contratto, cit.*, p. 450.

¹⁶³ Si pensi alla formazione del contratto (art. 1337 c.c.), alla sua esecuzione (art. 1375 c.c.), alla pendenza della condizione (art. 1358 c.c.), all'eccezione di inadempimento (art. 1460, comma 2).

così di attribuire al contratto il significato su cui una parte aveva fatto legittimo affidamento, poiché se si facesse valere contro questa un'interpretazione diversa ciò risulterebbe scorretto e sleale¹⁶⁴.

La norma interessa la tematica qui considerata poiché è ormai principio consolidato quello per cui l'interpretazione degli atti amministrativi¹⁶⁵ soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti¹⁶⁶. Tra le regole interpretative finalizzate all'attribuzione del corretto significato all'esercizio del potere amministrativo trova infatti spazio anche l'art. 1366 c.c., per cui, a norma del criterio di interpretazione di buona fede, gli effetti degli atti amministrativi «devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in virtù del principio costituzionale di buon andamento, da cui discende che la p.a. è tenuta ad operare in modo chiaro e lineare, così da fornire ai privati regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando possano derivarne conseguenze negative»¹⁶⁷.

I casi applicativi della norma sono molteplici, *in primis* le procedure di evidenza pubblica. Secondo il Consiglio di Stato un corretto rapporto tra

¹⁶⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 450.

¹⁶⁵ «Come l'autorità amministrativa nell'emanare un atto, muove dal fondamento di un norma di legge, così l'interprete, rifacendo a ritroso il processo di produzione dell'atto giuridico, deve giungere a individuare questa norma in sé e come essa si presentava nella mente dell'autorità: conoscere la norma è logicamente necessario per intendere ogni atto concreto, essendo i requisiti di ogni atto disciplinati da leggi»; «ma si dovrà vedere anche come l'autorità interpretò a sua volta queste, e come le applicò al caso concreto: e ciò è opera dell'interprete dell'atto amministrativo» (M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p.285). Sul tema v. anche E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1972 (2° ediz. a cura di G. Crifò); L. BENVENUTI, *Interpretazione dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.

¹⁶⁶ Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, per cui «per conforme giurisprudenza di questo Consiglio, l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l'intento dell'Amministrazione, ed il *potere che essa ha inteso esercitare*, in base al contenuto complessivo dell'atto (cd. interpretazione sistematica), tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo e del fatto che, secondo il criterio di interpretazione di buona fede ex art. 1366 c.c., gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla p.a. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative».

¹⁶⁷ Vedi nota antecedente.

amministrazione e privato impone che della disciplina speciale di gara sia data una lettura «idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati»¹⁶⁸. Da ciò derivano una serie di conseguenze, come quella per cui in caso di clausole equivoche o di dubbio significato, deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara (piuttosto che quella dalla quale derivano ostacoli), e l'altra che sia meno favorevole alle formalità inutili, e che la stessa amministrazione, nella predisposizione della *lex specialis* di gara, abbia l'onere di indicare con estrema chiarezza ed inequivocità i requisiti richiesti alle imprese partecipanti¹⁶⁹.

Ancora, sul ben noto principio di eterointegrazione della normativa di gara, la giurisprudenza ribadisce di procedere in modo particolarmente accorto, posto che «non sono consentite interpretazioni volte ad enucleare significati impliciti nella normativa di gara, potenzialmente in grado di ledere l'affidamento dei terzi e la massima partecipazione alla gara»¹⁷⁰.

Un caso molto interessante in materia è la vicenda che è stata oggetto della decisione della Corte di giustizia del 27 febbraio 2003, C-327/00¹⁷¹. Quello che era accaduto era che una stazione appaltante aveva formulato in modo equivoco una clausola del bando, la quale, se interpretata in un certo modo, sarebbe potuta essere non conforme al diritto comunitario e direttamente lesiva per un'impresa che voleva partecipare alla gara. La stazione appaltante, tuttavia, rassicurava tale impresa che la clausola sarebbe stata interpretata in modo diverso, in ossequio alla normativa comunitaria. Se non che, con determinazione successiva, l'impresa veniva invece esclusa proprio sulla base dell'interpretazione «sfavorevole» che l'amministrazione stessa aveva scongiurato di compiere. Inoltre, a causa delle rassicurazioni della

¹⁶⁸ Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5064.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Cons. Stato, 3 febbraio 2015, n. 512. Cfr. anche Cons. stato, sez. V, 13 gennaio 2014, n. 72; 16 gennaio 2013, n. 238; 7 gennaio 2013, n. 7; 31 ottobre 2012, n. 5570.

¹⁷¹ Corte di Giust., 27 febbraio 2003, C-327/00, Santex SpA contro Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia.

stazione appaltante, l'impresa esclusa non aveva impugnato direttamente e nei tempi di legge la clausola controversa.

Si giunge così alla Corte di Giustizia, alla quale il giudice italiano chiede chiarimenti su come interpretare la normativa comunitaria violata, domandandosi, in particolare, se questa gli consenta di dichiarare ricevibile il ricorso tardivo dell'impresa esclusa avverso la clausola¹⁷². La Corte di Giustizia, attraverso il meccanismo della disapplicazione della normativa nazionale, di per sé legittima ma nel caso di specie contrastante con il diritto comunitario, si esprime in modo favorevole al privato, dimostrando di tenere in adeguata considerazione l'aspettativa in esso legittimamente maturata e, al contempo, dello "stato d'incertezza" in ordine all'interpretazione da dare a tale clausola, creato dalla stessa autorità aggiudicatrice¹⁷³.

¹⁷² Nello specifico la questione posta era «intesa come diretta a stabilire, in sostanza, se la direttiva 89/665 debba essere interpretata nel senso che essa — una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità — impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità» (Corte di Giust., 27 febbraio 2003, C-327/00 *cit.*).

¹⁷³ Secondo la Corte di Giustizia «occorre prendere in considerazione il fatto che, nel caso di specie, sebbene la clausola controversa sia stata portata a conoscenza degli interessati all'atto della pubblicazione del bando di gara, l'autorità aggiudicatrice, con il suo comportamento, ha creato uno stato d'incertezza in ordine all'interpretazione da dare a tale clausola e che questa incertezza è stata dissipata solo con l'adozione della decisione di esclusione». Si può dunque affermare che «il comportamento mutevole dell'autorità aggiudicatrice, vista l'esistenza di un termine di decadenza, ha reso eccessivamente difficile per l'offerente leso l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento giuridico comunitario». Ne consegue che, in circostanze quali quelle della causa principale, «spetta al giudice a quo assicurare il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665, applicando il proprio diritto nazionale in modo tale da consentire all'offerente leso da una decisione dell'autorità aggiudicatrice, adottata in violazione del diritto comunitario, di conservare la possibilità di addurre motivi di diritto inerenti a tale violazione a sostegno di impugnazioni avverso altre decisioni dell'autorità aggiudicatrice, ricorrendo, se del caso, alla possibilità, derivante secondo il suddetto giudice dall'art. 5 della legge n. 2248/1865, di disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano tali impugnazioni». Sulla scorta di tali considerazioni, la questione pregiudiziale è dunque risolta nel senso che «la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa — una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità — impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità» (Corte di Giust., 27 febbraio 2003, C-327/00 *cit.*).

Fattispecie molto interessanti si ravvisano poi nella materia urbanistica. Con la sentenza 7 giugno 2012, n. 3385, il Consiglio di Stato dà un'applicazione "inversa" al principio in esame. La regola ermeneutica è infatti generalmente richiamata dalla giurisprudenza a tutela del ragionevole affidamento ingeneratosi in capo al privato, destinatario dell'atto amministrativo equivocamente formulato in relazione ad un'opzione esegetica ad egli favorevole, mentre il Collegio ricorda che essa può operare anche a beneficio dell'affidamento dell'amministrazione: «non vi sono ragioni dogmatiche o normative che inibiscano l'applicazione del criterio in direzione opposta, in favore dell'amministrazione, ciò ovviamente quando l'atto amministrativo presupponga una previa o contestuale manifestazione volitiva del privato sulla cui interpretazione l'amministrazione ha ragionevolmente posto affidamento»¹⁷⁴; «anche in tale ipotesi il principio di buona fede ex art. 1366 c.c. impone al Giudice di vagliare, nell'ambito della complessiva vicenda procedimentale, l'atto di impulso o di adesione derivante dal coinvolgimento del privato, e di interpretare i contenuti dell'atto amministrativo conclusivo - momento di esternazione di una volontà che si è formata sulla base di un processo cognitivo, evidentemente condizionato dai contenuti della partecipazione privata - secondo il significato ragionevolmente fatto proprio dall'amministrazione»¹⁷⁵.

Altro caso particolare è quello oggetto della decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 29 ottobre 2012, n. 5509, in cui l'amministrazione lamentava il mancato rispetto di alcuni vincoli di edificazione da parte di un privato, limiti che tuttavia non erano stati riprodotti permesso a costruire¹⁷⁶. Il collegio, sensibile all'affidamento del

¹⁷⁴ Consiglio di Stato, 7 giugno 2012, n. 3385.

¹⁷⁵ Consiglio di Stato 7 giugno 2012, n. 3385. Il comportamento idoneo a suscitare un affidamento è da ravvisare nella formulazione della relazione tecnica dei tecnici incaricati dalla società appellante, che, a detta del Consiglio di Stato appare «oggettivamente fuorviante, avuto riguardo al contesto pianificatorio, alla scelta espositiva ed al tenore delle norme regolamentari».

¹⁷⁶ Ad un residente di un Comune era rilasciato un permesso di costruire. Costui intraprendeva l'opera assentita, se non che, quando ormai aveva costruito le strutture portanti del manufatto, si vedeva pervenire dalla stessa autorità comunale un'ordinanza di demolizione. Si contestava, in particolare, il mancato rispetto del vincolo della distanza di 20 metri dalla strada comunale, prescritto dall'art. 26 del Codice della strada, il D.P.R. 16 dicembre 1992 n. 495. Tramite un'istanza di accesso agli atti del procedimento, il titolare del permesso riusciva ad ottenere il rilascio di copia conforme dell'intero progetto depositato presso il Comune. Scopriva così che la suddetta documentazione presentava una correzione in rosso proprio nella parte relativa alla distanza del fabbricato dalla strada in questione, portata da mt. 10 del progetto a mt. 20. Quella in suo possesso, all'opposto, non recava alcuna

privato sul dato letterale diverso contenuto nel provvedimento rilasciato al privato, afferma che «ogni prescrizione e/o limitazione all'edificazione deve risultare sia dal documento rappresentante il titolo edilizio conservato presso gli uffici comunali, sia dal documento rappresentativo del titolo edilizio rilasciato al privato beneficiario, con la conseguenza che non possono essere opposte a quest'ultimo eventuali prescrizioni che non risultano dal titolo edilizio allo stesso in concreto rilasciato»¹⁷⁷. Torna quindi alla mente quanto sopra ricordato sugli atti di gara: è compito dell'amministrazione adottare atti e provvedimenti quanto più chiari possibile nella loro portata precettiva.

Emerge quindi in modo chiaro come l'affidamento acquisisca un certo valore anche nell'attività di interpretazione dell'attività amministrativa, compito che spetta non solo al giudice ma prima di esso, o meglio, nella fisiologia dei casi, non ad esso, alle stesse parti che da quel provvedimento sono interessate: chi lo ha posto in essere, l'amministrazione, e chi ne costituisce il destinatario.

Alla luce di queste considerazioni è allora possibile ragionare sul tipo di tutela che l'affidamento riceve in sede di interpretazione. Si tratta di capire se in questi casi la situazione giuridica soggettiva di affidamento che viene a crearsi sia qualcosa di diverso da quella finora considerata e se la stessa acquisisca una tutela affine a quella che abbiamo definito "la tutela ponderativa" dell'affidamento.

Sotto il primo profilo, la situazione giuridica soggettiva sembra poter essere affiancata a quella dell'affidamento nascente da fattispecie in autotutela o affini. Si tratta, infatti, pur sempre, di atti e provvedimenti dell'amministrazione o condotte materiali che generano nel privato cittadino un legittimo affidamento circa un vantaggio. Strutturalmente, le differenze sono due: che in questo caso l'aspettativa non è nel mantenimento del beneficio, ma nel suo conseguimento; nel fatto che ciò che frustra l'affidamento non sia una successiva manifestazione di volontà

prescrizione in ordine alla distanza del manufatto dalla strada comunale. La peculiarità dell'addebito risiedeva quindi nella circostanza che il suddetto limite era stato riprodotto, tramite una correzione, sulla copia del progetto esistente agli atti del Comune ma non su quello rilasciato al privato, nel quale non risultava apposto.

¹⁷⁷ Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2012, n. 5509, per un commento della quale ci si permette di rinviare a A. GIGLI, *La tutela dell'affidamento verso il permesso a costruire: spunti di riflessione*, in *Foro Amm.- C.d.S.*, 2013, n. 3.

dell'amministrazione in senso contrario bensì un'interpretazione difforme, e diversa da quella regionalmente prevedibile, di quello stesso esercizio del potere.

Quanto al secondo profilo, il punto da risolvere è quello se l'interpretazione conforme all'affidamento prevalga sempre o possa anche "soccombere" a favore di diversi significati. Se si ricadesse nel primo caso, infatti, non si tratterebbe dello stesso modello di tutela fin qui considerato, che si è visto esser incentrato proprio su un bilanciamento ed una caducità dell'affidamento che in tal caso mancherebbe.

Ebbene, esiste sicuramente un caso in cui l'affidamento del privato non potrebbe essere rispettato ed è quello in cui l'interpretazione a lui favorevole risulti illegittima. In questi casi, infatti, di certo non potrebbe darsi una lettura del provvedimento contraria alla legge. Le alternative percorribili sarebbero due: l'illegittimità del provvedimento o la sua salvezza mediante un'interpretazione diversa dello stesso, non conforme a quella, illegittima, su cui il privato aveva riposto la sua fiducia. Quest'ultimo epilogo pare essere ragionevolmente prospettabile in virtù del principio di conservazione degli atti giuridici, applicabile anche agli atti amministrativi¹⁷⁸, che impone che si interpretino le singole disposizioni in modo da ricavarne un effetto. Ai sensi dell'art. 1367 c.c., infatti, «nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno». Nel caso di specie, dunque, piuttosto che annullare il provvedimento si dovrebbe farlo salvo interpretandolo in modo diverso.

Rimane tuttavia da chiarire se, a prescindere dal caso limite sopra ricordato, sia generalmente necessario che l'interpretazione conforme all'affidamento sia compiuta solo a seguito di un bilanciamento con gli altri interessi presenti, in particolare quello pubblico, o se invece essa sia un risultato "garantito". Ci si domanda, così, se l'interpretazione del provvedimento amministrativo sia un'attività asettica, in cui non

¹⁷⁸ In base al principio derivante dall'art. 1367 c.c., ed applicabile anche agli atti amministrativi, in caso di dubbio il contratto o il provvedimento devono essere interpretati nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno, con la conseguenza che qualora l'interpretazione di una disposizione sembri trovare appiglio nella lettera del testo, ma conduca tuttavia ad una soluzione contrastante con la legge, essa deve essere senz'altro scartata in favore dell'opzione ermeneutica che garantisca invece il rispetto dei precetti di legge; ne consegue che le espressioni, che possono avere più significati, devono essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto dell'atto (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 12 luglio 2013, n. 1638 che richiama Cons. Stato, sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5564). Fa rinvio all'art. 1367 c.c. anche Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2013, n. 3964.

confluiscono questi profili e che si limita ad un'extrapolazione della portata precettiva dell'attività amministrativa o se invece chi la compie debba comunque sempre tenere a mente qual è l'interesse pubblico perseguito con la stessa ed equilibrare l'interpretazione formulata con esso. A favore di quest'ultima impostazione sembrerebbe essere la nozione di interpretazione del provvedimento oggi comune, per cui «attribuire un significato al provvedimento (...) significa, in ultima analisi, chiedersi quale funzione amministrativa si è inteso utilizzare, in che modo, e con quali finalità, per la cura di un interesse pubblico»¹⁷⁹. Ma in modo ancora più decisivo, già Giannini affermava che «un mezzo caratteristico integrativo dell'atto amministrativo deriva dagli elementi teleologici: in caso di insufficienza della manifestazione, è regola comunemente osservata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato di integrare l'atto secondo il senso più conforme al pubblico interesse generale e specifico del singolo atto, quale fu determinato in concreto nella fattispecie»; «ed è infatti logico che, riconosciuto nel concreto fine di un atto uno dei fini disciplinato dall'ordinamento, debbasi attribuire all'agire dell'autorità amministrativa quel valore che normalmente si attribuirebbe a chi si fosse posto quel dato fine»¹⁸⁰.

La verità forse, come sempre, sta nel mezzo, nel senso che né l'interprete può trascurare del tutto di collocare l'attività che egli conosce in un dato contesto e dunque avere a mente il fine che essa persegue, né però l'attività di interpretazione può contaminarsi con quella di “amministrazione attiva”, enucleando significati diversi da quelli deducibili dall'oggetto di indagine. E' dubbio, quindi, che a fronte

¹⁷⁹ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2015, Roma, p. 991.

¹⁸⁰ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., p. 372. L'autore critica chi ritiene che la funzione in questi casi adempiuta dal pubblico interesse possa essere collegata, in ossequio alla dottrina germanica, al principio di buona fede: «non si comprende come tale principio possa applicarsi, non più a questo o a quell'effetto giuridico, ma a caratterizzare la volontà stessa dell'atto, dato che questa è fondamentalmente diversa dall'atto del privato a quello amministrativo». Rispetto a quest'ultimo, il principio di buona fede «verrebbe a coincidere con lo stesso interesse pubblico che è insieme l'interesse dell'agente», «onde, per conservarlo in questo campo, bisognerebbe preventivamente costruire una sorta di scala degli interessi pubblici». Oltre tutto nel diritto amministrativo mancherebbe «l'urto delle volontà paritariamente contraposte, fra cui il principio di buona fede ha un delicata funzione di regolatore». L'autore ritiene, dunque, che «la buona fede, come significato normale dei comportamenti di chi agisca in una tipica situazione giuridica, sia nel diritto amministrativo interamente assorbita dal mezzo integrativo del pubblico interesse» (il che, si precisa, non significa che la buona fede è esclusa dal diritto amministrativo ma che essa, in tal sede, «non è mezzo d'integrazione») (ID., cit., p. 374).

di un'interpretazione a favore del privato ragionevolmente deducibile in via interpretativa, sia possibile invece conferire un significato diverso perché maggiormente “aderente” all'interesse pubblico. E' compito dell'amministrazione perseguire l'interesse pubblico nel migliore dei modi ma se ciò non accade essa non può sopperire alle sue lacune attraverso l'attività interpretativa (né potrà farlo il giudice); ciò potrà eventualmente realizzarsi attraverso un riesercizio del potere, conformemente a quanto la legge dispone a disciplina dello stesso.

Anche sotto il profilo della tecnica di tutela, quindi, pare esservi assoluta affinità con il principio del legittimo affidamento. Sostanzialmente, tuttavia, il livello di tutela dell'affidamento nel caso dell'interpretazione appare più stringente, essendo solo eccezionalmente, come nel caso sopra ricordato, possibile un'interpretazione lesiva dell'aspettativa legittima del privato attraverso la via del bilanciamento tra interessi; in tutti gli altri casi l'affidamento deve invece essere rispettato.

Il profilo, comunque, fondamentale nella vicenda sopra descritta è che nei casi in cui l'affidamento dovesse essere leso in sede di interpretazione, a favore di altra attribuzione di significato, nulla sembra escludere che il privato che abbia subito danni a causa dell'aspettativa riposta possa chiedere il risarcimento del danno, sia nel caso in cui l'attività interpretativa contraria all'affidamento sia compiuta dal giudice che in quello in cui avvenga da parte della p.a. In ambo i casi, infatti, ne risulterebbe un comportamento scorretto dell'amministrazione, che ha formulato in modo equivoco le sue determinazioni o ha agito in modo, per l'appunto, “ambiguo”, suscitando un'aspettativa ragionevole nel privato poi tradita dal vero significato della sua determinazione, non chiaramente intellegibile¹⁸¹.

Il vero cuore di questa tutela è dunque l'obbligo per l'amministrazione di adottare atti e determinazioni chiare ed intellegibili, che non generino “falsi affidamenti” nei privati.

¹⁸¹ Si potrebbe, infatti, riscontrare un caso di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. da comportamento scorretto, conformemente a quanto affermato dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 2011 per il caso diverso ma affine della scorrettezza nascente da legittimo annullamento d'ufficio o giurisdizionale del provvedimento e conseguente prodursi di danni da lesione dell'affidamento. Sul tema si tornerà in modo ampio al capitolo III.

3.5 Derivante da informazioni errate comunicate dalla pubblica amministrazione

Analogo al caso dell'interpretazione diversa da quella su cui il destinatario aveva fatto affidamento è il caso delle informazioni errate¹⁸². Ben può presentarsi, infatti, un caso di violazione dell'affidamento allorquando la p.a. abbia fornito informazioni favorevoli al privato ma non veritiere e sulla base di queste il cittadino abbia improntato la sua condotta. E' evidente che in una simile ipotesi l'affidamento appaia ancora più legittimo rispetto al caso della mera interpretazione di buona fede, posto che lo stesso, in tal caso, non è semplicemente il frutto di un'opaca manifestazione di volontà dell'amministrazione ma proprio di un'erronea informazione. Il caso suddetto costituisce, dunque, l'emblema del principio di chiarezza prima menzionato, che in questa fattispecie è più correttamente riconducibile al dovere di veridicità dell'amministrazione o allo speculare divieto di fornire false informazioni.

In questo senso si è espressa chiaramente la Cassazione, affermando che «la responsabilità della p.a. per illecito extracontrattuale - che può essere fatta valere dal privato con azione di risarcimento del danno davanti al giudice ordinario - è astrattamente configurabile anche nella diffusione di informazioni inesatte»; «ciò è tanto più vero a seguito della mutata concezione della "ingiustizia del danno" di cui all'art. 2043 c.c., per cui non è solo la lesione di un diritto soggettivo, ma anche di una posizione considerata meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, che obbliga l'autore dell'atto illecito al risarcimento del danno, in presenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità aquiliana». Ne deriva che «il rilascio di informazioni inesatte da parte della p.a. è da considerarsi come fonte di responsabilità aquiliana perché lede la posizione (meritevole di tutela) di affidamento che il soggetto in

¹⁸² La responsabilità da informazione inesatte è un tema "caldo" nel diritto civile, basti pensare al delicato problema della responsabilità medica (cfr., per tutti, F.R. IANNONE, *Responsabilità medica per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali*, in *Giust. civ.* 2013, fasc. 11-12, p. 711) ma anche a quello, attualissimo, della responsabilità delle agenzie di rating nei confronti dell'investitore (sul quale v. F. GRECO, *La responsabilità « extracontrattuale » dell'agenzia di rating nei confronti dell'investitore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, n.5, p. 1452B).

contatto con la p.a. ha nella stessa, tenuto conto che questa deve ispirare la propria azione a regole di correttezza, imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.)»¹⁸³.

Anche in altra fattispecie¹⁸⁴, seppur con riferimento ad un caso concernente un rapporto amministrativo privo dell'esercizio di un potere amministrativo¹⁸⁵, dunque non oggetto di indagine in questo lavoro¹⁸⁶, essa ha riaffermato tali principi in via generale, per qualunque tipo di rapporto: «il principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico e costituisce uno dei fondamenti dello Stato di diritto nelle sue diverse articolazioni limitandone l'attività legislativa e amministrativa»; «esso trova la sua base costituzionale nel principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge (art. 3 Cost.)»¹⁸⁷. Da ciò consegue che «il diritto di esigere la tutela del legittimo affidamento si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione gli ha dato aspettative, fondate su informazioni e dichiarazioni dalla stessa rilasciate, posto che la pubblica amministrazione è tenuta a rispettare l'affidamento e l'attendibilità delle sue dichiarazioni, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost»¹⁸⁸. In particolare, «la pubblica amministrazione è gravata dell'obbligo di non frustrare la fiducia di soggetti titolari di interessi indisponibili, fornendo informazioni errate o

¹⁸³ Cass., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424. Il caso concerneva in una richiesta di risarcimento danni che un'impresa lamentava di aver subito a causa di informazioni inesatte fornite dalla Regione circa la necessità di un'autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti. V. anche Cass., sez. III, 5 giugno 2007, n. 13061, concernente una domanda di risarcimento danni subiti dal privato a causa di errate informazioni contenute in una determinazione di una Ausl, successivamente annullata dal Consiglio di Stato per vizio di eccesso di potere.

¹⁸⁴ Cass., sez. lav., 19 settembre 2013, n. 21454.

¹⁸⁵ Il caso è quello di lavoratore che, dopo aver ricevuto delle errate informazioni fornite dall'INPS, rassegni, sulla base di queste, le dimissioni dal lavoro nel convincimento di avere raggiunto il requisito contributivo per accedere alla pensione di anzianità. Secondo costante giurisprudenza in questo caso il danno subito dal lavoratore deve essere risarcito poiché riconducibile ad illecito contrattuale (cfr. *ex plurimis* e per tutte Cass., sez. lav., 1 marzo 2012, n. 3195 e Cass., sez. lav., 6 giugno 2008 n.15083).

¹⁸⁶ Si rinvia alle premesse.

¹⁸⁷ Cass., sez. lav., 19 settembre 2013, n. 21454.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

anche dichiaratamente approssimative»; «informazioni di tale natura devono ritenersi non conformi a correttezza, in quanto rese da enti pubblici dotati di poteri di indagine e certificazione, nonché incidenti su interessi al conseguimento e godimento di beni essenziali della vita, come quelli garantiti dall'art. 38 Cost.»¹⁸⁹.

Sembra così che, all'opposto di quanto accade per l'affidamento da interpretazione di buona fede, dove abbiamo visto essere eccezionale la prevalenza di un'interpretazione diversa e dunque la soccombenza delle ragioni del beneficiario che ha maturato un'aspettativa, l'affidamento da errata informazione sia destinato, necessariamente, ad essere frustrato quanto al momento dell'esercizio del potere amministrativo. Se le informazioni fornite al privato sono erranee, costui, pur avendo maturato un affidamento legittimo sulla base delle stesse, non può in alcun modo sperare che la sua aspettativa non sarà "sacrificata" dall'amministrazione. Quest'ultima non potrà che prendere atto dell'errore ed agire in modo conforme al vero, ledendo l'aspettativa del privato.

In questo caso, dunque, l'affidamento non è ritenuto una situazione giuridica meritevole di tutela anche nell'ottica dell'esercizio del potere amministrativo perché non ce la fa ad "influenzare" l'esercizio del potere amministrativo attraverso la tipica attività di bilanciamento tra interessi. La situazione giuridica soggettiva di aspettativa avrà adeguata riparazione solo al di là del rapporto autoritativo, ossia in sede di responsabilità civile. A fronte di un dato fattuale diverso, il risarcimento dell'eventuale danno che si sia prodotto sarà l'unica via di ristoro di colui che sia stato destinatario dell'informazione inesatta. Non trova applicazione il principio pubblicistico del legittimo affidamento ma rimane la possibilità di far valere il dovere di comportamento corretto dell'amministrazione.

4. Sull'applicabilità di questo modello di tutela in sede di annullamento giurisdizionale: quando la tutela "ponderativa" è compiuta dal giudice amministrativo

¹⁸⁹ *Ibidem.*

L'ultima fattispecie amministrativa oggetto di questa ricognizione sulla portata applicativa ed effettiva del principio del legittimo affidamento, nell'esercizio del potere amministrativo, riguarda un caso ancora più estremo e singolare anche rispetto agli ultimi due sopra ricordati. Nel caso di specie non siamo, infatti, al cospetto di una vera e propria fattispecie amministrativa ma solo di una fattispecie "fattuale" poiché la situazione giuridica soggettiva di affidamento nasce dopo che l'esercizio del potere si è concluso, allorquando, a causa delle insufficienze organizzative degli uffici giudiziari, trascorra un arco temporale molto lungo tra il momento di adozione della determinazione amministrativa e la decisione del giudice amministrativo sulla stessa. Può accadere, cioè, che colui che si dolga dell'esercizio illegittimo del potere, si veda beneficiario di tutela giurisdizionale solo dopo molti anni dalla presentazione del ricorso, con la conseguenza che, nel frattempo, gli altri soggetti interessati dalla vicenda ma in senso opposto, i controinteressati, continuino a godere del bene della vita oggetto di quell'illegittimo esercizio del potere, consolidando una situazione di affidamento nello stesso.

Il caso molto recente¹⁹⁰ che è stato oggetto di questa peculiare forma di rilievo dell'affidamento meglio esplica la dinamica sopra descritta. Veniva indetto un concorso pubblico per la selezioni di alcuni profili professionali da un Comune. Una concorrente, che non superava le prove espletate, impugnava gli atti di gara lamentando l'illegittima composizione della commissione d'esame. Era il 1999 quando la stessa proponeva ricorso in primo grado al T.A.R. competente; tra la decisione di quest'ultimo e la sua impugnazione, il Consiglio di Stato giunge a pronunciarsi definitivamente sulla vicenda nel 2015, con la sentenza qui esaminata.

A differenza dei giudici di prime cure, il Consiglio di Stato ritiene effettivamente meritevoli alcune delle censure mosse dalla ricorrente, accertando l'illegittimità della procedura di selezione. E qui arriva il nodo problematico, per il cui scioglimento si richiede l'intervento dell'adunanza plenaria. Si pone infatti il problema di chiarire la sorte che debbano avere in sede giurisdizionale le risultanze di un concorso illegittimo, quando il suo espletamento risulti avvenuto in data risalente e sia stato seguito dalla assunzione in servizio dei suoi vincitori. Secondo il

¹⁹⁰ Si fa riferimento a Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 284, ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria.

collegio, infatti, dato che il lasso di tempo è di 15 anni, risulta innegabile che coloro grazie a quel concorso hanno poi preso servizio, ed ai quali non sono riferibili i vizi del procedimento, «hanno fatto le loro scelte di vita, di ordine familiare, lavorativo, anche di cessazione degli studi a seguito del conseguimento di posti di lavoro a tempo indeterminato»¹⁹¹. Ne deriva che «il danno sociale derivante da un tale annullamento - disposto ‘automaticamente’ - risulta evidente: la perdita dell’attività lavorativa da parte dei candidati a suo tempo risultati vincitori comporta il radicale e gravissimo sconvolgimento delle loro vite e delle loro famiglie»¹⁹².

In una tale situazione, la pronuncia del giudice amministrativo, basandosi su una valutazione di tutte le circostanze, può allora, secondo il collegio, disporre unicamente il risarcimento del danno, senza il previo annullamento degli atti risultati illegittimi. In questo senso sono richiamati sia principi di giustizia, per cui il giudice amministrativo può non disporre l’annullamento dell’atto risultato illegittimo (ma, se del caso, disporre la sostituzione con l’eliminazione del vizio riscontrato), quando un tale annullamento non comporti alcun beneficio per gli interessi pubblici coinvolti, né arrechi giovamento al ricorrente che ha proposto il ricorso d’annullamento, risultato fondato¹⁹³; sia il principio di proporzionalità, «da intendere nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale»¹⁹⁴.

Gli stessi giudici avvertono, tuttavia, la delicatezza della vicenda, ricordando che effettivamente il decorso del tempo non può essere considerato di per sé un elemento ostativo all’annullamento dell’atto illegittimo e all’affermazione del principio per cui chi ha proposto un ricorso fondato ha titolo alla pronuncia

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ Il riferimento è alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2755 del 2011, che come noto ha disposto che «quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell’annullamento con effetti *ex tunc* dell’atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell’annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi».

¹⁹⁴ Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 284.

favorevole, perché le insufficienze organizzative degli uffici giudiziari non possono incidere negativamente sulla effettività della tutela di chi abbia ragione. Ciò, tuttavia, varrebbe in particolare quando si tratti di dare tutela ai valori primari, come la tutela del territorio, dell'ambiente, e del paesaggio, mentre quando si tratti di questioni che riguardino persone fisiche e le loro attività lavorative, il giudice amministrativo «non può che farsi carico delle conseguenze delle proprie pronunce, verificando se esse risultino, appunto, conformi ai principi di proporzionalità, di equità e di giustizia»¹⁹⁵.

Ancora, in senso negativo all'annullamento dell'atto autoritativo illegittimo, i giudici ricordano che essa è la misura tipica di giustizia quando la sua rimozione attribuisca il 'bene della vita' a chi abbia ragione (o intenda salvaguardare valori primari dell'ordinamento), mentre l'accoglimento del ricorso in materia di concorsi può risultare in contrasto con tali principi se, disponendo l'annullamento dell'atto, sottrae il 'bene della vita' ad uno o più controinteressati, senza poterlo attribuire al ricorrente.

La questione si complica ancora di più perché la ricorrente ha chiesto il solo annullamento degli atti interessati e non il risarcimento del danno¹⁹⁶.

In considerazioni di questi profili, il Consiglio di Stato rimette dunque la questione all'Adunanza Plenaria.

Si tratta a questo punto di capire se la "tutela" che la situazione giuridica soggettiva di affidamento riceve, nei termini sopra descritti, dal giudice amministrativo, il quale, in buona sostanza, appurata l'esistenza di un legittimo affidamento, non adotta una misura demolitoria della determinazione amministrativa a favore di quella risarcitoria, abbia a che vedere con la tutela "ponderativa" qui in esame ed il principio del legittimo affidamento finora considerati.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ Su questo profilo, il Collegio evidenzia che, ai dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori". Prendendo atto di una giurisprudenza contrastante sull'interpretazione della norma, ed in particolare se debba esservi o meno una richiesta espressa dell'interessato di risarcimento, il collegio sostiene che «il medesimo comma 3 non sembra ostacolare una pronuncia del giudice amministrativo che – quando si tratti della tutela di posizioni di lavoro - si limiti ad affermare l'illegittimità dell'atto impugnato, senza disporre l'annullamento, anche se il ricorrente non abbia esplicitato una domanda risarcitoria»; «la vera giustizia del caso concreto e la effettiva tutela per il ricorrente possono consistere nell'accertare – così come richiesto – l'illegittimità degli atti impugnati, affinché – se del caso in un separato giudizio, in ipotesi anche d'ottemperanza – sia quantificato il danno patrimoniale risarcibile».

Dal punto di vista della situazione giuridica soggettiva di affidamento, questa non pare diversa da quella sin qui considerata. Si è al cospetto di un cittadino che ripone la sua fiducia sui contenuti di un provvedimento che il lungo lasso temporale, nel quale egli ne beneficia, gli induce a ritenere legittimo. L'affidamento è nato da un comportamento o provvedimento espressivo di potere dell'amministrazione ed egli è in una situazione giuridica soggettiva di buona fede. Sono questi tutti elementi che, più volte, si è visto essere presenti nei casi applicativi del principio del legittimo affidamento.

La differenza essenziale è che in questa ipotesi la misura lesiva della situazione giuridica soggettiva di affidamento è la pronuncia del giudice, non un successivo atto o fatto della p.a. Dunque si tratta del "conflitto" tra affidamento ed annullamento giurisdizionale del provvedimento nei cui confronti lo stesso è riposto. Il soggetto che deve quindi bilanciare l'affidamento con gli altri interessi in gioco, verificando se sia giusto che tale situazione giuridica soggettiva del privato sia sacrificata, è il giudice, non l'amministrazione.

Ma, considerati questi profili, può davvero ritenersi estranea tale vicenda al principio in esame? La ponderazione dell'affidamento compiuta dall'amministrazione al fine di determinare l'opportunità o meno di annullare, nell'ottica del miglior perseguimento dell'interesse pubblico con gli altri interessi in gioco, è così diversa da quella compiuta dal giudice per verificare l'opportunità o meno di disporre l'annullamento giurisdizionale piuttosto che altri rimedi, nell'ottica di meglio soddisfare le esigenze di tutela del ricorrere ed adottare una decisione che risulti il più possibile conforme a principi di giustizia e proporzionalità?

Orbene, il giudice amministrativo appartiene agli organi giurisdizionali e non esercita funzioni amministrative; il suo giudizio, tuttavia, riguarda proprio le suddette, essendo egli il giudice naturale del potere amministrativo¹⁹⁷. E' vero che il momento ed il soggetto che materialmente incide sull'affidamento sono profondamente distinti: il processo ed il giudice nell'uno, la decisione amministrativa e l'amministrazione nell'altro. Ed è anche vero che i termini della comparazione tra interessi non siano uguali, come ricordato. Ma nell'ottica del privato il fenomeno non cambia molto, anzi, è perfettamente identico. Egli godeva di un beneficio ma a causa

¹⁹⁷ Come disse con una nota espressione la Corte costituzionale, il giudice amministrativo è «giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica» (Corte cost. n. 191/2006).

dell'annullamento, in sede giurisdizionale o in via amministrativa, del provvedimento che attribuiva tale utilità, ne è privato.

Per questo motivo sembra potersi affermare che la tutela dell'affidamento, che trova sostanza nel principio del legittimo affidamento, trovi applicazione anche qualora l'autorità che di esso deve tener conto sia il giudice, il quale, come l'amministrazione, dovrà ponderare tale aspettativa legittima con gli altri interessi in gioco prima di disporre l'annullamento del provvedimento. Ne deriverà, da sé, che nel caso in cui siano presenti interessi pubblici di particolare rilievo, come la tutela dell'assetto del territorio o della salute pubblica, l'affidamento sarà destinato ad essere sacrificato; in altri, come quello esaminato in precedenza, in cui, invece, il danno che deriverebbe al privato dall'annullamento è troppo "pesante" in un'ottica comparata di proporzione tra i vari interessi presenti, sarà invece fatto salvo il provvedimento a favore di una forma di tutela diversa per il ricorrente, come il risarcimento del danno.

5. L'individuazione di un modello generale di tutela

5.1 I tre elementi necessari per individuare un affidamento meritevole di "ponderazione" in sede di autotutela

Esaminate alcune delle molteplici forme applicative del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento giuridico italiano, è possibile ora tentare di individuare alcuni assi portanti del sistema di tutela considerato. Si tratta, invero, di trovare il minimo comun denominatore dei casi considerati, anche al fine di circoscrivere il rilievo che una posizione di affidamento può assumere di fronte al potere amministrativo, posto che se è vero che il principio del legittimo affidamento ha dimostrato di avere delle potenzialità espansive notevoli, al contempo non si può neanche arrivare, all'opposto, ad affermare che una semplice "speranza" è una

posizione di affidamento meritevole di essere considerata nelle valutazioni amministrative¹⁹⁸.

Un utile dato di partenza è costituito dalla ampia casistica che nel tempo si è venuta a stratificare sulla tutela dell'affidamento in sede di esercizio dei poteri di autotutela, che costituiscono, come visto, la fattispecie che per eccellenza incarna la tutela dell'affidamento in sede di esercizio di un potere amministrativo.

L'elaborazione giurisprudenziale in materia, dopo una iniziale fase di autonomia rispetto al modello di tutela comunitario¹⁹⁹, sembra aver ormai ricostruito il principio del legittimo affidamento proprio sulla scia di quest'ultimo²⁰⁰, come una

¹⁹⁸ Come scrive la dottrina d'oltralpe: «*le contentieux de l'espérance légitime n'est pas le contentieux du simple espoir; il n'est pas davanatge celui du doux rêve*» (B. DELAUNAY, *Le contentieux des espérances légitimes en droit fiscal*, in T. Lambert (a cura di), *Le contentieux fiscal en débats*, L.G.D.J., 2014, p. 347).

¹⁹⁹ A dire il vero, infatti, nella giurisprudenza nazionale il giudice non ha sempre fatto uso in modo rigido delle tre categorie di stampo comunitario sopra menzionate, essendo stata invece la sua valutazione per lungo tempo orientata su considerazioni sulla meritevolezza o meno dell'affidamento nel caso concreto considerato, ossia pur indirettamente riconducibili ai tre elementi in esame ma non esplicitamente ancorate agli stessi. Così fin, da principio, essa ha dato ampio spazio al fattore temporale, che poi è stato recepito dalla stessa legge nella previsione di un termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio. In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005, n. 4, p. 848., che, nell'esaminare la giurisprudenza degli anni '50 e '60, evidenzia come a fronte di una totale trascuranza sul l'elemento soggettivo dell'affidamento incolpevole, era invece l'elemento temporale il perno della decisione del giudice, così che «l'insistenza sulla rilevanza del tempo trascorso suona, in generale, come giustificazione del controllo giudiziale sulla sussistenza dell'interesse pubblico specifico alla rimozione dell'atto, ed è argomento con il quale il giudice difende il proprio orientamento tendente a richiedere la presenza di un interesse attuale all'annullamento, orientamento che incontrava resistenza nella dottrina del tempo». Proprio la mancanza di rilievo dell'elemento soggettivo ha segnato poi uno dei più decisivi profili di *discrimen* tra la tutela dell'affidamento in sede comunitaria e nell'ordinamento tedesco rispetto a quello nazionale, «dove le valutazioni intorno alla buona fede del ricorrente sono puramente eventuali e, comunque, non decisive nell'economia del ragionamento condotto a tal proposito dal giudice amministrativo» (D.U. GALLETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 4, p. 788). Solo con il passare del tempo, quindi, la giurisprudenza si è soffermata anche sugli altri elementi, così che si è poi cominciato ad attribuire importanza anche al c.d. elemento oggettivo e a quello soggettivo, escludendosi per esempio, sotto il primo profilo, l'idoneità di un atto come l'aggiudicazione provvisoria ad essere fonte di affidamento (v. da ultimo Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 gennaio 2015, n. 31); sotto il secondo, escludendosi la meritevolezza di tutela dell'affidamento nei casi di erronea rappresentazione dei fatti alla base del provvedimento ampliativo nonché nei casi di dolo (v. Cons. di Stato, sez. IV, 28 aprile 2012 n. 3154, per cui si può prescindere dall'accertamento della sussistenza di una situazione di interesse pubblico attuale e concreto che giustifichi il ricorso all'autotutela quando risulti che il rilascio della concessione è derivato da un'erronea rappresentazione (non importa se dolosa o colposa) dei fatti da parte del privato richiedente). E' dunque una tendenza innovativa e degli ultimi anni quella di richiamare espressamente la triade comunitaria e di verificare sistematicamente che siano presenti tutti e tre gli elementi che la caratterizzano.

²⁰⁰ Si rinvia al cap. I, par. 2.2 e al contributo di F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana copia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 2, 2008, 425.

fattispecie caratterizzata dalla interazione di tre elementi. Affinché possa ricorrere un affidamento meritevole di tutela è necessaria infatti la presenza di un elemento oggettivo, «costituito da un provvedimento che attribuisce inequivocamente e concretamente un vantaggio»²⁰¹; di un elemento soggettivo, «ossia il privato deve avere conseguito il bene della vita in buona fede, escludendo cioè che, con un comportamento mediamente diligente, si sarebbe potuto rendere conto dell'illegittimità del provvedimento attributivo di un bene»²⁰²; infine, quale terzo elemento, è necessario che tale affidamento sia legato al bene della vita, di cui il privato deve avere goduto per un certo lasso di tempo, atteso che «sotto il profilo temporale, la tutela presuppone che dal momento della attribuzione del bene sia decorso un lasso di tempo congruo tale da stabilizzare la convinzione della spettanza del bene sì da incidere negativamente sul potere di autotutela dell'amministrazione (di qui la necessità del cd. termine "ragionevole" per il suo esercizio)»²⁰³. Il Consiglio di Stato ha così chiarito che l'elemento oggettivo rende l'affidamento "ragionevole"; quello soggettivo lo rende "legittimo"; quello temporale lo rende "stabile"²⁰⁴.

²⁰¹ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 9 luglio 2009, n. 1802.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*. Nello stesso senso, più di recente, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2013, n. 2603 per cui «in ordine allo spessore dell'interesse pubblico che deve animare un provvedimento adottato in sede di autotutela, al fine di assicurarne la legittimità, va, infatti, rammentato che esso va raffrontato con la misura raggiunta dal legittimo affidamento del privato in merito alla stabilità e fondatezza del vantaggio raggiunto»; «da ciò deriva che l'affidamento deve poggiare (...) : a) su di un atto avente carattere definitivo e non precario; b) sulla convinzione da parte del suo destinatario della legittimità del vantaggio acquisito; c) sul decorso di un apprezzabile periodo di tempo, che consenta la stabilizzazione dell'utilità portata dal provvedimento favorevole».

²⁰⁴ V. Cons. di Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, per cui, affinché vi sia un affidamento tutelabile, devono essere presenti i tre elementi costitutivi: quello oggettivo, quello soggettivo e quello cronologico. Il primo è quello che «rende l'affidamento ragionevole» ed «impone che il vantaggio che il privato difende sia chiaro, certo e univoco e che trovi la sua fonte in un comportamento attivo, in un atto cioè efficace e vincolante, non essendo all'uopo idoneo, ad esempio, un mero atto endoprocedimentale ed impotente»; il secondo «rende l'affidamento legittimo» e comporta che «il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia strappato con dolo; infine, l'ultimo tratto distintivo dell'affidamento, quello cronologico, «rende l'affidamento stabile»: «il passaggio del tempo, infatti, è un fattore che rafforza ed ispessisce la convinzione della spettanza del bene della vita e, per l'effetto, limita e/o condiziona il potere pubblico di mettere nel nulla l'attribuzione iniziale» (in altre parole, «l'affidamento diventa sempre più consistente ed intenso a mano a mano che trascorre il tempo dal momento della sua attribuzione iniziale; in questo senso, più che essere elemento costitutivo in senso

Questa tripartizione definisce, dunque, la “meritevolezza giuridica” dell’affidamento attraverso l’interazione contestuale di più elementi, il primo dei quali è l’esistenza in capo al privato di una situazione giuridica di vantaggio sorta in conseguenza di una condotta dell’amministrazione (il c.d. elemento oggettivo). La maggiore difficoltà in proposito appare quella di definire il grado di “esternazione” necessario affinché il privato possa ragionevolmente attendersi la stabilità del beneficio ricevuto, dunque che tipo di comportamento dell’autorità pubblica deve esser presente. In dottrina è precisato che la condotta della p.a. dovrebbe estrinsecarsi in «un comportamento attivo, non bastando uno omissivo; in un atto formale, non essendo sufficienti meri *facta concludentia*; in un atto efficace e vincolante, non essendo idoneo un atto endoprocedimentale ed impotente»²⁰⁵. La giurisprudenza ha parlato di un «un atto avente carattere definitivo e non precario»²⁰⁶ o, ancora, che della necessità che «il vantaggio che il privato difende sia chiaro, certo e univoco e che trovi la sua fonte in un comportamento attivo, in un atto cioè efficace e vincolante, non essendo all’uopo idoneo, ad esempio, un mero atto endoprocedimentale ed impotente»²⁰⁷. Dunque, la situazione di affidamento è quella che si presenta quando il beneficio che il privato riceve deriva da un potere amministrativo compiutamente esercitato, tramite un provvedimento o comunque un atto, e non tramite un fatto. Ma vi è di più. Si deve anche trattare di un atto avente carattere definitivo e non instabile.

Quanto al secondo elemento, quello soggettivo, è necessario che il privato non abbia ottenuto quell’utilità con dolo (è il classico esempio delle presentazioni di una documentazione falsa da cui sia derivato il rilascio di un provvedimento ampliativo), ma neanche che si trovi in una situazione di colpa significativa, avendo potuto egli prefigurarsi il venir meno di quel beneficio. Significativamente i giudici amministrativi sono giunti ad affermare che «la discrezionalità si azzerava vanificando

stretto il tempo è fattore di potenziamento dell’expectation, distinguendosi così l’affidamento dal principio di certezza del diritto, che si raggiunge nel momento in cui il trascorrere del tempo ha raggiunto il suo massimo fattore di potenziamento dell’affidamento»).

²⁰⁵ F. CARINGELLA, *cit.*, fasc. 2, 2008, 425.

²⁰⁶ In questi termini Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2013, n. 2603.

²⁰⁷ In questi termini Cons. di Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440.

sia l'interesse del destinatario sia il tempo trascorso (...) quando il destinatario abbia ottenuto il provvedimento inducendo in errore l'amministrazione attraverso una falsa rappresentazione della realtà, non necessariamente operando con dolo»²⁰⁸. La difficoltà di tale elemento è dunque quella di determinare quale sia il grado di conoscibilità e quanto si possa spingere oltre il confine del dovere di ricerca da parte del privato del vizio di un provvedimento che gli conferisce una situazione giuridica di vantaggio. E' evidente, infatti, che l'accertamento della legittimità di un provvedimento si lega pur sempre ad un interesse, assente se il destinatario è stato "soddisfatto" dal provvedimento²⁰⁹; è forte, inoltre, la tentazione di celarsi sotto la scure della provenienza da un soggetto particolarmente qualificato della situazione di vantaggio a lui conferita.

Sul valore dell'elemento temporale, ultimo pilastro della triade, posto che, come già chiarito, nel nostro ordinamento non opera un termine rigido entro cui l'amministrazione deve esercitare i poteri di riesame, ne deriva che le criticità principali si ravvisano su quale possa essere un termine ragionevole per l'esercizio dei poteri di autotutela, questione sulla quale la giurisprudenza pare assumere soluzioni "sfumate" e differenziate. Un caso emblematico è quello offerto dalla recentissima sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 22 settembre 2014, n. 4735, avente ad oggetto la legittimità di un annullamento d'ufficio di un'autorizzazione edilizia²¹⁰. I giudici di primo grado avevano ritenuto che il provvedimento di autotutela era stato adottato ad una distanza di tempo (circa un anno e mezzo) sufficiente a far maturare un affidamento in capo alla beneficiaria alla "conservazione della legittimità" del titolo *ad aedificandum* in contestazione; erano

²⁰⁸ T.A.R. Lombardia, Brescia, 14 maggio 2010, n. 1733. V. anche, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2007 n. 1189 e Cons. di Stato, sez. IV, 28 aprile 2012 n. 3154.

²⁰⁹ Sul tema della configurabilità di un interesse alla legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, che è stato oggetto, di recente, di un contributo di M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2011, 896 ss., si tornerà ampiamente al cap. III, in relazione al problema della qualificazione giuridica della situazione giuridica soggettiva di legittimo affidamento.

²¹⁰ La controversia aveva avuto origine da un provvedimento comunale di autorizzazione ad effettuare un intervento edilizio di ampliamento e ristrutturazione, di cui aveva beneficiato una società. La legittimità dell'atto veniva contestata dai vicini e l'atto era stato così destinatario di una determinazione di rimozione in autotutela da parte dell'Amministrazione comunale. La società interessata aveva quindi agito in primo grado per l'annullamento del provvedimento in autotutela, ed il Tar aveva accolto il ricorso.

giunti quindi a ritenere che l'Amministrazione non avesse proceduto, in sede di motivazione, alla necessaria comparazione degli interessi coinvolti²¹¹. Il Consiglio di Stato, viceversa, ritiene che «il Tar ha dato del potere di autotutela esercitato (...) una interpretazione che si rivela errata in quanto in contrasto con i principi giurisprudenziali che reggono l'istituto giuridico in questione e per altro verso perché illogica e contraddittoria»²¹². Non potrebbe infatti essere positivamente apprezzata «una sorta di affidamento» alla conservazione della concessione edilizia in contestazione «quanto meno perché il provvedimento di autotutela è intervenuto a distanza di un anno e mezzo appena dalla data di avvenuto rilascio del titolo edilizio annullato, sicché non risulta sia trascorso quel più che notevole lasso di tempo, quale circostanza di fatto che la stessa giurisprudenza richiede per la sussistenza di una situazione di affidamento in capo al privato»²¹³.

Ancora, in un parere del Consiglio di Stato reso nell'ambito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da una società per l'annullamento di un decreto della regione Marche, che aveva disposto la decadenza della domanda di contributo presentata dalla stessa anni prima, il collegio ha ritenuto fondate le censure formulate dalla ricorrente anche con riferimento all'elemento temporale, «perché l'amministrazione regionale ha revocato il finanziamento, destinato all'esecuzione di un certo programma di agricoltura, dopo sei anni dall'ammissione al programma e di esecuzione del programma stesso»²¹⁴.

²¹¹ «Poiché, infatti, la concessione edilizia è stata annullata a distanza di quasi due anni dalla data del suo rilascio e quando il fabbricato era già stato realizzato, non può non ritenersi fondatamente consolidato in capo alla società ricorrente l'affidamento sulla legittimità del titolo precedentemente ottenuto, anche tenendo conto che la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela è stata inviata dopo circa quattro mesi dal rilascio del titolo, ed è poi trascorso un lunghissimo intervallo di tempo prima dell'adozione del provvedimento di annullamento, senza che l'Amministrazione avesse mai svolto alcun atto procedimentale o istruttorio tale da poter far prevedere alla parte interessata che il procedimento fosse ancora in corso. Occorreva, perciò, una particolare motivazione a supporto del provvedimento impugnato, in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento dell'atto, ove del caso, ritenuto prevalente rispetto all'interesse di cui era portatrice la ditta ricorrente» (T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 30 ottobre 2007, n.10668).

²¹² Consiglio di Stato, sez. IV, del 22 settembre 2014, n. 4735.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Parere n. 4433 reso nell'adunanza del 13 luglio 2011.

5.2. La rilettura, in chiave generale, degli elementi qualificanti il legittimo affidamento

5.2.1 *Sull'elemento oggettivo*

Si è visto ampiamente come la tutela che l'affidamento riceve in sede di autotutela non sia un episodio sporadico ed esclusivo, quanto piuttosto l'emblema di un modello di tutela generale, ossia solo una delle fattispecie in cui può trovare applicazione il principio del legittimo affidamento.

Per questo motivo, è necessario verificare anche in relazione alla variegata casistica applicativa considerata quali siano gli elementi qualificanti il legittimo affidamento, idonei a far “scattare” il meccanismo della tutela ponderativa. Il dato di partenza non potrà che essere l'analisi della giurisprudenza sull'autotutela sopra compiuta; il metodo sarà quello di verificare se gli elementi individuati in relazione ad essa possano essere riscontrati anche nelle fattispecie diverse dall'autotutela; il fine, quello di formulare una nuova definizione degli stessi applicabile in generale a tutte le fattispecie di applicazione del principio del legittimo affidamento.

Il primo elemento in considerazione è quello c.d. oggettivo. Procedendo per gradi, si può principiare da quelle che sono state definite le fattispecie amministrative “affini” all'autotutela. Analizzando questi casi, risulta che vi è sempre una condotta dell'amministrazione attributiva di un beneficio per il privato, da cui uno stato di affidamento dello stesso. La stessa, tuttavia, assume sembianza variegata. Con riferimento alle fattispecie considerate nella categoria degli autolimiti appare evidente che siamo di fronte ad atti dell'amministrazione che per loro natura non sono definitivi, come note, informazioni, promesse, prassi amministrativa e circolari²¹⁵. Si è visto infatti che anche a fronte di provvedimenti di questa natura può dirsi presente un affidamento meritevole di tutela, da intendere non in termini di un'impossibilità per l'amministrazione di disattendere la volontà dapprima “provvisoriamente” esposta, ma, almeno, nella necessità di mutare il proprio orientamento solo a seguito di una valutazione dell'affidamento che si sia nel

²¹⁵ Vedi il par. 2.4. di questo capitolo.

frattempo sedimentato nel privato e dandone adeguata motivazione²¹⁶. Con riferimento, dunque, a questa prima categoria di casi, qui l'elemento oggettivo deve essere inteso in modo più ampio, comprensivo anche di atti non definitivi e non vincolanti per la p.a.

Venendo, invece, a porre l'attenzione sulla fattispecie della SCIA e del silenzio assenso, qui l'attività da cui nasce l'affidamento addirittura non si riconduce proprio né un provvedimento ma neanche ad un atto, potendo, al contrario, essere sostanziata anche da una condotta "omissiva". Nel caso del silenzio-assenso, in realtà, il legislatore attraverso una finzione giuridica considera il provvedimento come se fosse stato adottato: la fattispecie è assimilabile, così, a quella di un vero e proprio provvedimento ampliativo implicitamente rilasciato²¹⁷. Il caso, invece, emblematico è quello della S.C.I.A. dove una condotta idonea a palesare una certa volontà dell'amministrazione si realizza al decorrere del termine di trenta o sessanta giorni previsto per l'esercizio dei poteri inibitori e si concretizza, in tal caso, davvero, solo nel silenzio, come momento determinante per l'espressione della volontà amministrativa di accordare o meno la posizione di vantaggio che caratterizza questa fattispecie (ossia la possibilità di continuare ad intraprendere l'attività oggetto della SCIA)²¹⁸. Con riferimento a questa fattispecie, dunque, si pone la necessità di ampliare i confini dell'elemento oggettivo, da intendere non solo come "atto" ma anche come "fatto".

Quanto, invece, alle fattispecie amministrative "strutturalmente diverse" dall'autotutela, qui l'elemento oggettivo assume forme diverse. Quanto all'affidamento derivante da un provvedimento nullo, l'affidamento nasce comunque da un provvedimento. Benché lo stesso sia nullo, "*tamquam non esset*", si tratta, come visto²¹⁹, di una *fictio iuris* che non può negare l'ontologica presenza di un provvedimento, anche se profondamente viziato. Dunque si ricade nel classico esempio dell'affidamento che nasce da provvedimento.

²¹⁶ *Idem.*

²¹⁷ Tanto è che la tutela è quella impugnatoria, non quella sul silenzio-inadempimento o non significativo. Sul tema si rinvia al par. 2.3 di questo capitolo.

²¹⁸ *Idem.*

²¹⁹ Cfr. il par. 3.1. di questo capitolo.

Nel caso dell'affidamento che si oppone ad un potere sanzionatorio, come si è detto è una fattispecie come già visto molto discussa²²⁰, è comunque presente un'autorizzazione illegittima, dunque un provvedimento.

Nell'aspettativa che matura nei confronti di un'attività di pianificazione, invece, l'elemento oggettivo è meno lineare. Anche qui vi sono una serie di atti materiali da cui deriva un affidamento qualificato del privato, come le convenzioni di lottizzazione ma la giurisprudenza fa, per esempio riferimento anche alle aspettative "nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie o di silenzio rifiuto su una domanda di concessione", ovvero all'affidamento "nascente dalla modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo"²²¹. Si tratta, dunque, di situazioni in cui l'affidamento matura non da provvedimenti ma da situazioni di fatto prodotesi a seguito di un'attività amministrativa variegata, anche illegittima, poi annullata dal giudice.

Quanto all'affidamento derivante dall'interpretazione in buona fede degli atti dell'amministrazione o da informazioni errate, quanto al tipo di atto da cui si genera l'affidamento, esso è comunque un atto e non un fatto, anche se non necessariamente definitivo (si pensi ad una nota informativa).

Da ultimo, nel caso in cui la tutela ponderativa è compiuta dal giudice, anche qui l'affidamento nasce comunque da un provvedimento che, a causa della lungaggine processuale, concede al privato il beneficio per lungo tempo, così che il giudice in sede di annullamento giurisdizionale dello stesso di trova a fare i conti con l'affidamento del cittadino.

Volendo, allora, ricondurre in un'unità la frammentazione sopra compiuta può dirsi che l'elemento oggettivo può individuarsi in "qualunque esercizio del potere amministrativo, attivo od omissivo, che abbia in modo sufficientemente chiaro e significativo, non necessariamente legittimo, attribuito un certo beneficio al privato".

Poiché tuttavia, quanto al beneficio del privato, si è potuto osservare come l'affidamento si prospetti sia come una "aspettativa al mantenimento di un beneficio

²²⁰ Cfr. il par. 3.2 di questo capitolo.

²²¹ Si rinvia al par.3.3 di questo capitolo.

accordato”, ossia che la pubblica amministrazione ha erogato in modo formale (come nel caso classico dell’autotutela, con un provvedimento ampliativo poi ritirato), ovvero ha indotto a ritenere come acquisito (caso della SCIA, dove affidamento nasce dal mancato esercizio nel termine del potere inibitorio), ma anche come “aspettativa all’acquisizione di un beneficio futuro”, che la p.a. promette ovvero fa presupporre che sarà acquisito (è questo il caso delle circolari o della prassi amministrativa in cui il beneficio può derivare dall’applicazione futura di criteri di scelta o interpretativi, nonché il caso delle informazioni non chiare ed ambigue o menzognere), si può ulteriormente affinare la definizione di cui sopra in quella di “qualunque esercizio del potere amministrativo, attivo od omissivo, che abbia in modo sufficientemente chiaro e significativo, non necessariamente legittimo, attribuito un certo beneficio attuale o potenziale al privato”.

5.2.2 Sull’elemento soggettivo

Quanto invece all’elemento soggettivo, ossia la circostanza che il privato debba essere in buona fede, non sembrano esservi invece differenze sostanziali rispetto a quanto già affermato per l’autotutela. Uno stato di negligenza, come quello di un affidamento “grossolano”, ossia non qualificato da idonei elementi significativi a sostegno, o addirittura uno stato psicologico di mala fede, come quello di chi presenta documentazioni false e poi sostiene di aver maturato un affidamento sul provvedimento rilasciato sulla base di esse, mai sarà idoneo a far ritenere giuridicamente meritevole di tutela l’aspettativa del privato. In questo senso, basti ricordare quanto disposto dallo stesso legislatore in sede di SCIA, per cui ai sensi dell’art. 19, comma 3, l. n. 241 del 1990, «in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell’atto di notorietà false o mendaci, l’amministrazione, ferma restando l’applicazione delle sanzioni penali di cui al comma 6, nonché di quelle di cui al capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti di cui al primo periodo» (ossia il potere inibitorio/di controllo e non quello in autotutela).

In questo senso, il Consiglio di Stato è apparso rigoroso con riferimento al caso dell'annullamento in via giurisdizionale di un provvedimento favorevole accordato dalla p.a.²²². I giudici di Palazzo Spada affermano che nell'ordinamento giuridico vi è un principio generale, secondo cui «non può fondatamente chiedere il risarcimento dei danni chi abbia con la sua colpa cagionato la sua verifica». Ciò comporta che, quanto al diritto amministrativo, opera il corollario per cui «chi chiede il rilascio di un provvedimento amministrativo, in assenza dei relativi presupposti e dunque chiedendo ciò che non ha titolo ad ottenere, non si può dolere del fatto che - in applicazione doverosa del principio di legalità - il provvedimento medesimo sia annullato o in sede giurisdizionale (su ricorso di chi vi abbia interesse), o in sede di autotutela (da parte dell'autorità emanante), ovvero quando vi siano ragioni di tutela dell'unità dell'ordinamento (da parte del Governo, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lettera p) della legge n. 400 del 1988)». Ne deriva che «nel caso di proposizione di una domanda non accoglibile, il "bene della vita" non spetta ab origine e il successivo annullamento del titolo abilitativo illegittimamente formatosi non consente di chiedere un risarcimento del danno per la perdita di un *quid* sostanzialmente non spettante»²²³.

Ancora, in termini ancora più generali, il collegio ricorda che non può «dolersi del danno chi - per una qualsiasi evenienza e con un provvedimento espresso, ovvero

²²² Sul caso si tornerà al cap. III, trattandosi di una di quelle decisioni della giurisprudenza successive alla Cassazione del 2011 che ha riconosciuto la via della responsabilità extracontrattuale per violazione dell'art. 2043 c.c. in caso di lesione dell'affidamento da annullamento giurisdizionale o in via amministrativa.

²²³ «Nell'ordinamento giuridico, vi è un principio generale, secondo cui non può fondatamente chiedere il risarcimento dei danni chi abbia con la sua colpa cagionato la sua verifica. Nel diritto privato ciò si desume dall'art. 1338 cod. civ., relativo alle ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo alla parte che abbia taciuto una causa di invalidità del contratto nei confronti dell'altra parte, che ottiene la tutela risarcitoria solo se abbia confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto: l'affidamento sul buon esito delle trattative non è quindi riconosciuto meritevole di tutela se la parte si sia rappresentata o si sarebbe potuta rappresentare l'esistenza di una patologia del contratto poi concluso. Nel diritto amministrativo, è applicabile un corrispondente principio, per il quale chi chiede il rilascio di un provvedimento amministrativo, in assenza dei relativi presupposti e dunque chiedendo ciò che non ha titolo ad ottenere, non si può dolere del fatto che - in applicazione doverosa del principio di legalità - il provvedimento medesimo sia annullato o in sede giurisdizionale (su ricorso di chi vi abbia interesse), o in sede di autotutela (da parte dell'autorità emanante), ovvero quando vi siano ragioni di tutela dell'unità dell'ordinamento (da parte del Governo, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lettera p) della legge n. 400 del 1988). (...) Nel caso di proposizione di una domanda non accoglibile, il "bene della vita" non spetta ab origine e il successivo annullamento del titolo abilitativo illegittimamente formatosi non consente di chiedere un risarcimento del danno per la perdita di un *quid* sostanzialmente non spettante» (Cons. di Stato sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5346).

a seguito di un silenzio assenso o una s.c.i.a. - abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile solo *contra legem*) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno»²²⁴.

Il Consiglio di Stato ci dice dunque, chiaramente, che l'affidamento è tutelabile solo in quanto esso non sia a sua volta fondato su dolo o colpa del privato. In tale ultimo caso, ammesso che nasca un'aspettativa su un piano meramente fattuale, non nasce infatti un affidamento legittimo ossia rilevante su piano giuridico; detto più semplicemente, poiché si tratta qui di verificare la sussistenza di un affidamento giuridicamente apprezzabile, e non psicologicamente, può più semplicemente dirsi che se vi è dolo o colpa non vi è affidamento. Quanto all'elemento soggettivo questo può individuarsi, dunque, nella circostanza che il privato "non abbia ottenuto il beneficio potenziale o attuale a causa di una sua condotta dolosa o colposa"

5.2.3 *Sull'elemento temporale*

Infine, quanto al terzo elemento, quello temporale, per cui è necessario l'affidamento sia legato ad un beneficio che il privato abbia avuto per un certo lasso di tempo, anche qui tale presupposto ritorna nelle fattispecie considerate diverse dall'autotutela senza notevoli differenze. Un esempio è il caso di recupero di somme stipendiali nei confronti dei pubblici dipendenti a fronte di una consuetudine amministrativa di lunga data di segno opposto: come si è potuto già osservare il nuovo indirizzo giurisprudenziale, sopra ricordato, più incline alla tutela della posizione del privato, annovera tra gli elementi da considerare anche il lasso di tempo tra la data di corresponsione e quella di emanazione del provvedimento di recupero²²⁵.

²²⁴ Cons. di Stato sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5346.

²²⁵ Cfr. in questo capitolo il par. 2.4.

Interessante sull'effettivo valore dell'elemento temporale la sentenza del Consiglio di Stato n. 4440/2012, con la quale si afferma che il passaggio del tempo è un fattore che «rafforza ed ispessisce la convinzione della spettanza del bene della vita e, per l'effetto, limita e/o condiziona il potere pubblico di mettere nel nulla l'attribuzione iniziale» poiché «l'affidamento diventa sempre più consistente ed intenso a mano a mano che trascorre il tempo dal momento della sua attribuzione iniziale»; ne deriva allora che «più che essere elemento costitutivo in senso stretto il tempo è fattore di potenziamento dell'*expectation*»²²⁶. L'elemento temporale, come si è detto, rende l'affidamento «stabile»²²⁷.

L'affidamento in sé matura allora veramente solo dopo che sia trascorso un lungo lasso di tempo? Se ipotizziamo il caso di un soggetto che abbia effettuato dei grandi investimenti in considerazione di un provvedimento autorizzatorio a lui accordato, quest'ultimo potrebbe subire un ingente danno anche se il ritiro di quel provvedimento avvenisse in un termine temporale breve. Il fattore temporale assume infatti un rilievo decisivo perché più si protrae la situazione di vantaggio, che poi verrà meno, più si protraggono e si rafforzano i danni legati alla perdita della stessa. Non è tuttavia un elemento essenziale ed indefettibile per poter ravvisare la configurazione di una situazione giuridica soggettiva di affidamento, perché ben può configurarsi un danno in sua assenza. Certo è chiaro che il comportamento dell'autorità «ablativo», che incide sul beneficio, deve essere «successivo» a quello che lo ha accordato; in questo senso può dunque parlarsi di un elemento temporale: il fatto che all'utilità concessa abbia poi seguito la perdita della stessa. Tale considerazione sembra però lapalissiana, dal momento che per aversi un problema di lesione dell'affidamento il beneficio deve essere entrato, anche per poco, nel patrimonio del suo destinatario.

Quanto dunque all'elemento temporale, pare potersi affermare, senz'altro, che più passa il tempo più l'affidamento diviene meritevole di considerazione, ma, al contempo, che anche un tempo non particolarmente lungo possa essere sufficiente in tal senso. Sembra, quindi, non potersi fare altro che definire l'elemento temporale in

²²⁶ Cons. di Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440. Nello stesso senso cfr. F. CARINGELLA, *cit.*, per cui il dato cronologico «più che essere elemento costitutivo in senso stretto è fattore di potenziamento dell'*expectation*».

²²⁷ V. Cons. di Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440.

modo indeterminato, come la necessità che «la disponibilità del beneficio si protragga per un tempo che risulti concretamente idoneo a far maturare una situazione di affidamento».

6. Una nuova lettura del principio del legittimo affidamento

Dalla disamina sin qui compiuta sembra possibile formulare una nuova definizione del principio del legittimo affidamento, che tenga conto sia della molteplicità di fattispecie in cui esso trova applicazione, sia della rilettura dei tre elementi qualificanti l'affidamento sopra compiuta, ma anche della circostanza che, come si è potuto osservare, la tutela ponderativa può essere esercitata anche dal giudice amministrativo.

In primis pare utile fare il punto su quale sia la natura del potere amministrativo da cui può nascere l'affidamento, e di quello da cui può, potenzialmente, essere sacrificato.

Con riferimento al primo profilo, quello del tipo di potere fonte dell'affidamento, con la premessa che questo, come sopra ricordato, può manifestarsi in vario modo e non necessariamente con un provvedimento, un problema di affidamento si pone solo con riferimento ad un potere amministrativo che è esercitato in senso “ampliativo” della sfera giuridica dei privati. L'affidamento non nasce mai da atti, provvedimenti o comportamenti dell'amministrazione restrittivi, comprimenti le situazioni giuridiche soggettive imputabili al destinatario dello stesso²²⁸.

²²⁸ Si potrebbe ipotizzare, in astratto, il maturare di una situazione di affidamento da parte di controinteressati che avessero dal provvedimento un effetto ampliativo “indiretto”. Si pensi ad un diniego di autorizzazione di una discarica, di cui benefici la fattoria vicina, ma che venga poi sostituito da un provvedimento autorizzatorio. Ci troveremmo, tuttavia, di fronte ad un affidamento di un individuo al mantenimento di una situazione di “sfavore” di un altro soggetto giuridico, profilo che difficilmente può essere ritenuto apprezzabile e meritevole di considerazione a livello giuridico. E' vero che, come si è detto, nella fattispecie legittimante il comportamento da cui deriva il beneficio può assumere varie forme, ma qui questa sarebbe addirittura quella di un provvedimento restrittivo per un altro individuo. Tale situazione non pare ipotizzabile, atteso che l'aspettativa nascerebbe da un rapporto che sorge tra l'amministrazione ed un altro soggetto ed al controinteressato non è dato di fondare il suo comportamento su una relazione di cui egli non è parte e che non rientra nel suo dominio di azione (in buona sostanza in cui non può incidere). L'interesse oppositivo suddetto è invece, come chiaro, elemento idoneo ad incidere sulle condizioni della azione amministrativa, la

Quanto invece al secondo problema, può affermarsi che l'aspettativa del privato è degna di protezione solo se si oppone ad un potere amministrativo discrezionale, il che si è visto potrebbe accadere anche per il potere sanzionatorio²²⁹. Quando il provvedimento è vincolato, è il legislatore che ha, a monte, compiuto quella valutazione di meritevolezza o meno dell'affidamento, ritenendo lo stesso "recessivo". Una fattispecie di questo tipo è un provvedimento adottato in situazioni di urgenza o per questioni di sicurezza od incolumità pubblica o ancora "a tutela dell'unità dell'ordinamento"²³⁰.

Si è poi visto come ciò in cui si sostanzia concretamente la tutela in esame sia una ponderazione, in cui l'affidamento può essere sacrificato purché se ne dia adeguata motivazione.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, potrebbe allora formularsi questa nuova definizione del principio del legittimo affidamento: qualunque esercizio del potere amministrativo, attivo od omissivo, che abbia in modo sufficientemente chiaro e significativo, non necessariamente legittimo, attribuito un certo beneficio attuale o potenziale al privato, non derivante da una sua condotta dolosa o colposa, è idoneo a generare, se la disponibilità del beneficio si protrae per un tempo concretamente idoneo, una situazione di affidamento meritevole di tutela, sia da parte del giudice che dell'amministrazione, i quali saranno tenuti a considerare tale situazione giuridica soggettiva nella scelta discrezionale delle loro determinazioni giurisdizionali o amministrative, motivando, adeguatamente, ogni loro eventuale atto o fatto che appaia contraddittorio rispetto all'affidamento del privato.

Tranne il caso in cui la tutela dell'affidamento è compiuta dal giudice, in tutte le restanti ipotesi, in cui è l'amministrazione che bilancia l'affidamento con gli altri interessi in gioco, la tutela dell'affidamento è regola del giudizio di legittimità

legittimazione a procedere e l'interesse ad agire, situazioni che sono di tutt'altra natura, quella processuale, e nulla hanno a che vedere con il legittimo affidamento.

²²⁹ Vedi il par. 3.2 di questo capitolo.

²³⁰ Si pensi all'annullamento governativo straordinario di cui all'art. 138 del T.U. degli enti locali, per cui: «in applicazione dell'articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità».

dell'azione amministrativa²³¹. Se l'amministrazione non considera la posizione di legittimo affidamento del privato al momento in cui esercita il potere, essa viola una regola di buona amministrazione, ossia una norma di validità del potere amministrativo.

²³¹ Sulla legittimità del provvedimento si rinvia, per tutti, a M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006; A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012.

CAPITOLO III

LA TUTELA “PATRIMONIALE” PER LA LESIONE DELLA SITUAZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO: IL RILIEVO DELL’AFFIDAMENTO NEL COMPORTAMENTO AMMINISTRATIVO, TRA INDENNIZZO E RESPONSABILITA’ DA SCORRETTEZZA

1. Una tutela multiforme

Nel modello di tutela finora considerato “principio del legittimo affidamento” significa obbligo per la pubblica amministrazione di considerare la situazione di affidamento che maturi nel privato a fronte di un suo comportamento antecedente. Allorquando la stessa si appresti ad una determinazione amministrativa ablativa di tale aspettativa, dovrà dare adeguata contezza delle ragioni della suddetta scelta, “a sfavore del privato”, nella motivazione di tale provvedimento. Apparentemente, dunque, l’affidamento è destinato ad una sola via: soccombere o resistere, essere o non essere. Delle due l’una, prevalere rispetto all’interesse pubblico o l’altra, essere cancellato in nome dello stesso.

La distanza tra i due poli è tanta e lascia l’amaro in bocca. E’ vero che l’affidamento, come tutte le situazioni giuridiche imputabili ad un privato, di fronte

al potere può “cedere”. Lo fa la proprietà¹, non potrebbe essere diverso per l’affidamento, in un mondo giuridico in cui è, d’altronde, sempre più diffusa la consapevolezza che non esistono diritti assoluti o incomprimibili² (tanto meno, come vedremo, qui non si tratta forse di un diritto³). Ma ciò non toglie dalla mente l’idea che il privato fiduciante abbia diritto a qualcosa per essere stato “illuso” dall’amministrazione, un soggetto che, invece, per eccellenza, dovrebbe garantire la stabilità e la sicurezza degli atti da esso derivanti. Il suo affidamento non è solo una speranza, come quella di un innamorato davanti alla sua amata, ma una convinzione fondata sugli atti e sui fatti posti in essere dall’amministrazione e meritevole di tutela nell’ordinamento giuridico.

E’ in base a queste considerazioni che si spiega con facilità perché nell’ordinamento giuridico siano previste o possibili le vie di una compensazione economica a favore del privato, che lo reintegri della perdita economica subita a causa del sacrificio imposto al suo affidamento. Tali forme di ristoro possono così andare ad arricchire la tutela del legittimo affidamento di una nuova sfumatura di colore, quella che si è scelto di definire la “tutela patrimoniale”⁴.

Le forme di compensazione economica del legittimo affidamento che sembra possibile riscontrare oggi nell’ordinamento giuridico sono tre: la prima è l’indennizzo, previsto dalla legge nel caso della revoca, ma non solo in quello⁵; la seconda è la risarcibilità dell’affidamento nell’ambito della responsabilità precontrattuale della p.a.⁶; la terza è la risarcibilità dell’affidamento ai sensi dell’art.

¹ Si fa qui riferimento alla ben nota possibilità di espropriazione che, evidentemente può verificarsi solo nel rispetto di rigorose condizioni e tempistiche e solo nelle forme procedurali a ciò deputate. Sul tema si tornerà, limitatamente al profilo dell’indennizzo, al par. 2 di questo capitolo.

² Cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 423 e ss. per cui «ogni situazione giuridica soggettiva ha carattere prismatico» e «dalla dimensione relazionale delle situazioni soggettive non è escluso l’interesse legittimo che può quindi essere definito come *il profilo della situazione giuridica soggettiva che si relaziona a un potere*» (corsivo dell’autore). Sul tema dei diritti indegradabili v. F. DINELLI, *Il riparto di giurisdizione e la teoria dei diritti indegradabili*, in AA. VV., *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013.

³ Si rinvia al par. 4.3 di questo capitolo.

⁴ Cfr. par. 2, cap. II.

⁵ Cfr. par. 3, cap. II.

⁶ Cfr. par. 4, cap. II.

2043 c.c., a seguito del nuovo impulso dato dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 2011⁷.

2. Il ristoro mediante indennizzo

2.1 L'indennizzo in generale: uno strumento di riallocazione delle conseguenze dannose dell'azione amministrativa

Quando nel diritto amministrativo si evoca la parola “indennizzo” essa richiama subito alla mente del giurista, quasi come un endiadi, la c.d. “responsabilità da atto lecito”⁸, anche se categoria dogmaticamente piuttosto discussa⁹. Se l'affermazione di una responsabilità civile della pubblica amministrazione costituisce

⁷ Cfr. Cassazione, Sez. Unite, 23 marzo 2011, numeri 6594, 6595, 6596, su cui di dirà al par. 4 di questo capitolo.

⁸ La giurisprudenza ha più volte ricordato che nel caso di un indennizzo (il caso di specie concerneva quello di cui all'art. 21-*quinquies*) ricorre «l'ipotesi che suole definirsi come di responsabilità della Pubblica Amministrazione per attività legittima (forma conosciuta dal nostro ordinamento, come conseguente ad atti leciti, fin dall'art. 46 l. 25 giugno 1865 n. 2359), la quale, lungi dal trovare il proprio presupposto in fatti o atti illeciti ovvero in atti illegittimi imputabili alla stessa amministrazione, più propriamente risponde ad intenti equitativi, e, a stretto rigore, non potrebbe essere definita utilizzando il termine “responsabilità”» (Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662).

⁹ Il problema della responsabilità da atto lecito è una questione che interessa il diritto amministrativo fin dalla sua nascita. Recentemente G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecite*, in *Dir. Amm.*, 2009, 203 ss (al quale si rinvia), ha ripercorso la storia dell'istituto, evidenziando come V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, IV, Firenze 1910, 384, escludesse del tutto che vi potesse essere una responsabilità della pubblica amministrazione da atto lecito mentre dopo di lui, tra gli altri, Santi Romano diede un impulso decisivo al dibattito, ammettendo una responsabilità di siffatta natura e sottolineando come si trattasse di casi in cui il diritto non si trova di fronte ad un limite ordinario, comune, generale ma straordinario o eccezionale: «straordinario ed eccezionale il caso in cui il diritto più forte si fa valere vincendo il più debole, straordinaria ed eccezionale la modificazione che questo subisce, in modo che tale modificazione si risolve in ciò che noi abbiamo chiamato particolare sacrificio». E' appunto «dalla straordinarietà, eccezionalità, particolarità del sacrificio che deriva l'obbligo del suo risarcimento» (S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari, in Scritti minori*, Milano, 1950, p. 166). Sul tema cfr. anche G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica Amministrazione*, Milano, 1912; A.M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica Amministrazione*, in *Foro It.*, 1947, LXX, I-61, 938 e ss; R. ALESSI, *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, XV, 1968, p. 625 e ss. Più di recente cfr. G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino 2003; ID., *Le indennità in autotutela*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 163; A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012; E. SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012.

una delle più importanti conquiste dei tempi moderni, che ha arricchito quel progressivo percorso di giuridicizzazione del potere iniziato anni orsono¹⁰, l'indennizzo connota invece, da sempre, la presenza di una fattispecie in cui il comportamento dell'amministrazione non è antiggiuridico ma è al contempo fonte di un sacrificio di un diritto di un privato cittadino a favore dell'interesse pubblico. In questi casi l'ordinamento prevede la possibilità di indennizzare il soggetto danneggiato per compensarlo di una perdita subita a favore dell'intera collettività. Sono, dunque, ragioni di giustizia sociale quelle che muovono tale istituto, il quale evita che gli effetti dannosi del potere gravino solo sul soggetto leso e non su coloro che effettivamente ne beneficiano, con una sorta di "riallocazione" del danno¹¹.

Tale compensazione non potrà, a rigor di logica, interessare tutti i casi in cui l'esercizio del potere amministrativo risulti economicamente dannoso per i privati, essendo il sacrificio spesso nei limiti della tollerabilità richiesti a ciascuno in nome dell'interesse generale. Esso si applicherà, invece, solo per quelle singole ipotesi che il legislatore ritiene connotate da un eccessivo "sfavore" a danno di singoli, in cui cioè il patrimonio del privato, sebbene legittimamente colpito, è anche "straordinariamente" leso, così da comportare la presenza di una misura compensativa del danno.

Prima caratteristica essenziale dell'indennizzo è quella della sua tipicità, che, anche se in dottrina non è sempre condivisa¹², fa sì che l'istituto non abbia un'applicabilità generale, ossia che trovi esistenza solo ove previsto dalla legge.

¹⁰ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 16 e ss.

¹¹ «L'obbligo di indennizzo gravante sulla Pubblica Amministrazione, non presuppone elementi di responsabilità della stessa, ma si fonda su valori puramente equitativi considerati dal legislatore, onde consentire il giusto bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico attuale da parte dell'amministrazione e la sfera patrimoniale del destinatario (incolpevole) dell'atto di revoca, cui non possono essere addossati integralmente i conseguenti sacrifici» (Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662; stessa formula è riproposta da Cons. di Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156).

¹² «In una tale prospettiva è possibile cogliere con convinzione che la fattispecie indennitaria non sia espressamente esclusa nemmeno dal legislatore come disciplina generale e di conseguenza non sia applicabile ai soli casi espressamente previsti. Non vi è, infatti, un'espressa previsione che ne attesti tassatività, vi sono solo ipotesi che espressamente la prevedono o espressamente la escludono. Per converso vi è altresì una casistica giurisprudenziale (nazionale ed europea) e della prassi amministrativa che può rappresentare un utile termine di riferimento per il modello indennitario e che rafforza quel pensiero della dottrina classica in base al quale quando le eccezioni sono troppo numerose e possono raggrupparsi sotto propri principi, si è dinanzi ad un'altra regola» (A. CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, 2013, 7, 1688).

L'indennizzo non è un "contentino" che l'amministrazione accorda strada facendo, a chi essa stessa ritiene meritevole perché leso nel suo esercizio; è invece una prestazione prevista dalla legge e che solo in essa può trovare fondamento.

Da quanto sopra ricordato, emerge poi la radicale differenza con il risarcimento del danno. Se questa si sostanzia nella famosa formula del ripristino dello *status quo ante*, quindi nella obbligazione di reintegrare il patrimonio nelle perfette condizioni in cui si trovava prima del danno, l'indennizzo, viceversa, in quanto avviene sì a fronte di una lesione ma priva dei connotati di antiggiuridicità, comporta invece la necessità di versare solo un compenso, mai superiore al valore del danno subito, che realizzi quell'equilibrio tra interesse pubblico e privato che l'amministrazione persegue.

Storicamente, una delle forme di indennizzo più radicate nella cultura italiana è quella disposta nei casi di procedimenti di pubblica espropriazione che, come noto, è stata oggetto di vivace dibattito alimentato dalla Corte di Giustizia¹³.

A questa si affiancano molte altre singole fattispecie come, per esempio, le indennità in caso di requisizioni in proprietà di cose mobili (per ragioni militari) o di

¹³ Cfr. sul tema G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013; G.M. MARENGHI, *Le garanzie nei procedimenti espropriativi*, Torino, 2012; R. CARANTA, *Espropriazioni per pubblica utilità*, in *Enc. Dir.*, agg. V, Milano, 2011 p. 420 e ss.; G. MARI, *L'espropriazione indiretta: la sentenza della corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e le prospettive future*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, n.5, p. 347 e ss.; W. GASPARRI, "Il punto logico di partenza". *Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica della espropriazione per p.u.*, Milano, 2004; ID., *Espropriazione per pubblica autorità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico* Milano, 2006, III, p. 2305 e ss. Ci si limita a ricordare che la disciplina di riferimento è costituita dal noto D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità" e che la norma di cui all'art. 42-bis è stata adottata per offrire una risposta, attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza di cui al D.L. n. 98/2011, alle critiche mosse dalla Corte EDU al nostro sistema normativo, giudicato inadeguato in relazione alla tutela del privato espropriato. Anche la nuova disposizione, tuttavia, non è stata immune da critiche. Essa dispone, infatti, la c.d. "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico", reintroducendo un istituto del tutto affine alla acquisizione sanante. L'autorità che utilizzi un bene immobile per scopi di interesse pubblico modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità (ma anche in altri situazioni come quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio), può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale. Quest'ultimo, forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene mentre, salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità. Come noto, le Sezioni Unite della Cassazione, con ordinanza 13 gennaio 2014, n. 441, hanno fatto proprie le tante perplessità suscitate, sollevando innanzi alla Consulta una questione di illegittimità costituzionale della disposizione richiamata, il che evidenzia che la vicenda è tutt'altro che chiusa.

requisizioni in uso di beni immobili o mobili (per calamità naturali)¹⁴; l'indennizzo per danni da vaccinazioni obbligatorie¹⁵ o quello dovuto al proprietario del bene occupato per ricerche archeologiche¹⁶; l'indennizzo, recentemente introdotto, per il caso del ritardo dell'amministrazione¹⁷.

L'indennizzo appare oggi, in conclusione, uno strumento, ad esclusiva disposizione del legislatore, di riallocazione delle conseguenze dannose dell'azione amministrativa dal singolo privato alla collettività sociale, che si sostanzia in una prestazione economica compensativa a favore del primo, traslante il sacrificio da lui subito nel nome dell'interesse generale, in capo all'intera collettività.

¹⁴ Sul tema si rinvia a G. LANDI, *Requisizioni*, in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968, p. 487 e ss e G.B. VERBARI, *Requisizione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXXIX, Milano, p. 908 e ss.

¹⁵ Cfr. R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 6, 1352; C. VIDETTA, *Corte costituzionale e indennizzo per lesioni alla salute conseguenti a trattamenti vaccinali. Nuove prospettive*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, n. 3, p. 1030.

¹⁶ L'occupazione a fini di ricerca archeologica costituisce attività lecita della pubblica amministrazione, mirante a realizzare l'interesse pubblico alla conservazione del patrimonio storico-artistico e alla promozione della cultura e della ricerca (art. 9 Cost.). La proprietà delle cose che rivestono l'interesse storico, artistico, archeologico, nasce vincolata, e la connotazione culturale del bene è un carattere che incide sulla valutazione economica dello stesso, comportando, ad esempio, che in caso di esproprio, dell'eventuale minusvalore che il vincolo determini sul bene, a causa della sua limitata utilizzabilità, si debba tener conto in sede di determinazione dell'indennizzo. Tali considerazioni, inerenti, da un lato, alla qualificazione dell'attività di ricerca archeologica condotta dagli enti preposti, dall'altro al particolare statuto della proprietà dei terreni il cui sottosuolo contenga testimonianze di antiche civiltà, inducono la giurisprudenza a ritenere che «la riparazione del pregiudizio arrecato alla proprietà privata dall'occupazione a fini di ricerca archeologica non può essere ispirata a caratteri di integralità, bensì assume i connotati dell'obbligazione indennitaria che, in quanto riferita alla lesione dell'altrui interesse a prescindere dal contegno illecito e dalla colpa, si risolve nell'obbligo di versare un compenso minore, per lo più limitato alla perdita» (in questi termini Cass. Civile, sez. I, 29/08/2002, n. 12642 che fa riferimento alla disciplina previgente; si veda ora l'art. 88 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio, che dispone che «il proprietario dell'immobile ha diritto ad un'indennità per l'occupazione, determinata secondo le modalità stabilite dalle disposizioni generali in materia di espropriazione per pubblica utilità. L'indennità può essere corrisposta in denaro o, a richiesta del proprietario, mediante rilascio delle cose ritrovate o di parte di esse, quando non interessino le raccolte dello Stato).

¹⁷ Ai sensi dell'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990, le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-*ter*, sono tenuti sia al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (comma 1), sia in alcuni specifici casi, al pagamento di un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (cfr. la direttiva del 9 gennaio 2014 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, contenente le "Linee guida per l'applicazione dell'indennizzo da ritardo nella conclusione dei procedimenti ad istanza di parte"); in tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento (comma 2).

2.2. L'indennizzo come forma di compensazione della situazione giuridica soggettiva di affidamento

2.2.1 *L'indennizzo nei provvedimenti di autotutela*

Posti questi brevi cenni sull'indennizzo in generale, appare evidente come tale strumento si presti perfettamente a costituire una forma di ristoro economico nel caso qui considerato: colui che ha maturato un affidamento legittimo verso il potere amministrativo ma che si vede, poi legittimamente, comprimere tale aspettativa ben può essere reintegrato delle perdite subito tramite la previsione legislativa di un indennizzo¹⁸.

Un prima fattispecie di siffatta natura è quella dell'indennizzo “speculare” alla revoca¹⁹. La legge generale sul procedimento, come si è già anticipato²⁰, disponendo un obbligo di indennizzo nel caso della di revoca del provvedimento amministrativo, ha attribuito un costo economico al sacrificio subito dal privato sull'altare dell'interesse generale. L'art 21-*quinquies*, dopo aver previsto i presupposti e gli effetti del provvedimento, afferma: «se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo». Incalza il comma 1-*bis*, che specifica: «ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo

¹⁸ Ai sensi dell'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990, le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-*ter*, sono tenuti sia al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (comma 1), sia in alcuni specifici casi, al pagamento di un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (cfr. la direttiva del 9 gennaio 2014 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, contenente le “Linee guida per l'applicazione dell'indennizzo da ritardo nella conclusione dei procedimenti ad istanza di parte”); in tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento (comma 2).

¹⁹ «E' sicuramente una forma di responsabilità da atto lecito quella prevista dall'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990 sulla revoca del provvedimento amministrativo», così G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit.

²⁰ Cfr. cap. II, par. 1.2.

danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico». La giurisdizione sulla controversie relativa all'indennizzo è attribuita al giudice amministrativo in via esclusiva²¹.

Prima delle novità introdotte dal d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (c.d. decreto Bersani *bis*), la legge non definiva i criteri di quantificazione dell'indennizzo, non specificando neanche se lo stesso dovesse avere contenuto monetario o potesse essere sostituito dal riconoscimento di altra utilità. La novellazione compiuta nel «2007 è dunque risultata particolarmente utile e significativa, anche se sotto certi profili criticabile. Mentre infatti la previsione dell'indennizzo è generale, solo nel caso specifico della revoca che incida su rapporti negoziali il legislatore ha individuato dei criteri specifici di determinazione dell'indennizzo, suscitando dubbi su quali debbano, invece, essere applicati in via generale.

La giurisprudenza, a partire da tale momento, ha avuto comunque modo di superare una storica diffidenza al riconoscimento dell'indennizzo nel caso della revoca²², formulando cospicua elaborazione di criteri guida dell'istituto.

Procedendo per gradi, si è escluso l'indennizzo in tutti i casi in cui la revoca interviene su un provvedimento non idoneo a far maturare una fiducia sulla sua stabilità, come nel caso della revoca dell'aggiudicazione provvisoria²³, che, per le

²¹ Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), del Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010) sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie in materia determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo».

²² L'importanza di tale norma si comprende agevolmente considerato che per lungo tempo l'orientamento prevalente era nel senso di escludere qualsiasi indennizzo per il soggetto nei cui confronti intervenisse la revoca in modo legittimo di un precedente provvedimento amministrativo vantaggioso per il privato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 1969, n. 266) o per lo meno un indennizzo veniva ammesso solo in casi particolari (V. Cass. S. U. 2 aprile 1959, n. 672).

²³ Sul tema v. T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 giugno 2009, n. 976; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372; Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4902; Cons. St., VI, 17 marzo 2010, n. 1554; Consiglio Stato, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 808, e da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 195 secondo cui «in tema di contratti pubblici la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva del contratto di appalto è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista, come nella specie, nessuna illegittimità nell'operato della p.a. Non spetta nemmeno l'indennizzo di cui

medesime ragioni, abbiamo visto venire in rilievo anche per un affievolimento dell'onere motivazionale²⁴.

La determinazione dell'indennizzo non è inoltre requisito di validità del provvedimento di revoca: la mancata previsione di esso semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale davanti al giudice amministrativo che potrà scrutinarne i presupposti²⁵.

I giudici si sono poi confrontati sull'individuazione delle differenze tra l'indennizzo ed il risarcimento del danno ed hanno a più riprese sottolineato come l'indennizzo non vada confuso con esso. Il primo è infatti speculare ad un provvedimento amministrativo legittimo e concerne, quindi, la c.d. responsabilità dell'amministrazione da atto lecito dannoso; il risarcimento del danno, viceversa, si muove dalla qualifica "non iure" della condotta dell'amministrazione²⁶.

Altra giurisprudenza ha invece individuato il *discrimen* tra risarcimento e indennizzo enfatizzando la diversa forma del risarcimento. Si è detto così che non ha senso costruire la «richiesta dell'indennizzo come "domanda di minor spessore" rispetto a quella risarcitoria», poiché in realtà l'unica differenza risiede nella tecnica di compensazione del pregiudizio: «il potere accordato all'amministrazione di sacrificare la posizione soggettiva del privato esclude che quest'ultimo possa essere risarcito in forma specifica (a causa della impossibilità della ricostituzione di tale posizione perché contrastante con l'interesse pubblico), ma non esclude, ed anzi impone, che esso venga soddisfatto attraverso la corresponsione del suo equivalente economico»²⁷.

Tale criterio lascia tuttavia perplessi, perché sembra mischiare il piano sostanziale con quello processuale. Se l'affidamento cede di fronte al potere significa

all'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 poiché si è, nella specie, di fronte al mero ritiro di un'aggiudicazione provvisoria (atto avente per sua natura efficacia interinale e non idonea a creare affidamenti) e non ad una revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli come previsto dalla predetta norma per l'indennizzabilità della revoca».

²⁴ Cfr. cap. II, par.1.3.1.

²⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554.

²⁶ V. *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4138.

²⁷ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 9 luglio 2007, n. 1775.

che l'interesse pubblico è perseguito in modo ottimale solo a fronte di tale compressione della sfera giuridica del privato. Ma, allora, l'impossibilità di un risarcimento per equivalente ben si comprende tenendo a mente che qui la situazione fattuale successiva al danno, benché ablativa dell'affidamento, è perfettamente legittima. Dunque non si potrebbe mai parlare di un ripristino dello *status quo ante* di una fattispecie se essa è legittima, a meno di non voler prospettare una richiesta di "ripristino" ad una situazione, quella antecedente la revoca, che è invece, essa, illegittima. In sintesi, qui la domanda di risarcimento in forma specifica non è tecnicamente irrealizzabile, con la conseguenza che si passerebbe a quello per equivalente, ma è sostanzialmente infondata perché la situazione giuridica soggettiva lesa non è anche illegittima.

Dalle diversità tra indennizzo e risarcimento derivano anche una serie di conseguenze sul piano processuale. Dapprima, che «le domande aventi ad oggetto l'indennizzo e il risarcimento del danno sono giuridicamente, e ancor prima logicamente, incompatibili tra loro»²⁸. Si tratta, d'altronde, di domande che presuppongono due stati di fatto inconciliabili tra loro, ossia la legittimità o, viceversa, la illegittimità dell'azione amministrativa²⁹.

Ancora, che la domanda avente ad oggetto l'indennizzo non sia logicamente compatibile con la contestuale domanda di annullamento della revoca perché, come nel caso antecedente, quest'ultima presuppone la legittimità della revoca. In tal caso l'interessato dovrà dunque, se lo ritiene opportuno, proporre in via autonoma la domanda di indennizzo³⁰.

In materia non manca tuttavia giurisprudenza minoritaria di senso difforme, che non ritiene che la domanda di indennizzo sia incompatibile con la contestuale proposizione di quella di risarcimento o di annullamento ma, all'opposto, che la domanda di indennizzo sia addirittura implicita e ricavabile proprio da quella di

²⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 1 aprile 2009, n. 3479.

²⁹ Sul tema v. anche, recentissimamente, Cons. Stato, sez. V, 24/03/2014, n. 1422 che ha ritenuto una domanda di indennizzo proposta unitamente a quella di risarcimento «inammissibile, trattandosi di domanda chiaramente diversa per causa petendi rispetto alla richiesta di risarcimento per equivalente»: «si tratta più precisamente di una pretesa fondata sul presupposto della legittimità della revoca, antitetico all'illegittimità sulla quale si basa invece la domanda risarcitoria».

³⁰ Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1422.

risarcimento perché l'indennizzo è un dato utilmente contenibile nella richiesta di risarcimento per equivalente³¹.

I giudici si sono poi dovuti confrontare con quello che appare il nervo scoperto dell'istituto, la determinazione dell'ammontare dell'indennizzo³². Solo nel caso in cui la revoca incida su rapporti negoziali, infatti, come ricordato, la legge è stata puntuale, specificando essa stessa che «l'indennizzo è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico». Nel caso, viceversa, si ricada nella fattispecie generale, la norma di legge non ha specificato come determinare l'ammontare dell'indennizzo, lasciando all'interprete la soluzione.

Sul punto, partendo dal presupposto sopra ricordato, ossia che l'unica differenza tra indennizzo e risarcimento è nella tecnica di tutela, perché l'indennizzo non tollera il risarcimento in forma specifica, un primo orientamento ritiene che «non è dato desumere legittimamente dall'ordinamento elementi od argomenti a sostegno della tesi per cui l'indennizzo, in sede di liquidazione, deve avere un ammontare necessariamente inferiore a quello del risarcimento»; l'indennizzo «deve comprendere tanto il danno emergente che il lucro cessante: la disposizione di cui al comma 1-bis dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, ha infatti natura derogatoria rispetto al carattere onnicomprensivo, in relazione al pregiudizio

³¹ Cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige, sez. I, 23 agosto 2006, n. 330, per cui «la domanda di indennità di revoca ex art. 21-quinquies deve ritenersi certamente implicita ed oggettivamente ricavabile dalla domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento della revoca. L'indennizzo contemplato dall'art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990 è un dato utilmente contenibile nella richiesta di risarcimento per equivalente, comprensiva appunto della domanda di minor spessore, riferibile allo stesso contenitore di più vasto profilo risarcitorio, non andando così *extra petita*. E ciò alla stregua di un'azione di specie non ignorabile e non improponibile quale forma di chiusura del dato ordinamentale e normativo ed in cui una richiesta indennizzatoria rappresenta *l'extrema ratio*. Soprattutto quando è solo con quest'ultima che, in ipotesi, si può ottenere un dignitoso ristoro economico su basi legittime».

³² Il tema, in dottrina, è approfondito da G. MANFREDI, *Le indennità in autotutela, cit.*, secondo cui «i silenzi del legislatore sulla commisurazione delle indennità di autotutela possano essere colmati facendo ricorso *in toto* ai criteri dettati per la commisurazione del risarcimento: e, quindi, senza che si debba o si possa operare alcuna distinzione tra danno emergente e lucro cessante».

cagionato, dell'obbligazione indennitaria»³³. Dunque, sia la identità sostanziale tra le figure di ristoro in esame, sia il dato letterale, segnato dalla circostanza che il legislatore ha sentito l'esigenza di specificare solo con riferimento ad un caso particolare che non operano entrambe le tradizionali voci di danno, sarebbero i principali elementi a sostegno del fatto che l'indennizzo in via generale sia un reintegro "pieno" tanto quanto il risarcimento.

Secondo altra corrente giurisprudenziale, ed è questo l'orientamento dominante, l'indennizzo va invece circoscritto al solo danno emergente³⁴.

Nello stesso sono ricomprese anche le spese di partecipazione alla procedura per lesione della pretesa a non essere coinvolto in trattative inutili³⁵, mentre, viceversa, «non vi sono i presupposti per richiedere il rimborso delle spese di partecipazione nell'ipotesi in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, non potendo in tal caso conseguire un beneficio maggiore di quello che le deriverebbe dall'aggiudicazione»³⁶.

³³ T.A.R. Sicilia, sez. II, 9 luglio 2007, n. 1775.

³⁴ Cfr., *ex multis*, la recente decisione del Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156, che con chiarezza ripercorre le distinzioni tra le seguenti figure: obbligo dell'amministrazione all'indennizzo, ex art. 21- quinquies l. n. 241/1990; risarcimento del danno conseguente a constatata illegittimità del provvedimento di revoca, laddove venga accertata l'esistenza degli ulteriori presupposti di configurazione del danno risarcibile; risarcimento del danno derivante da accertata responsabilità contrattuale, laddove la revoca del provvedimento giunga a determinare la caducazione del contratto già; risarcimento del danno derivante da responsabilità extracontrattuale e/o precontrattuale della Pubblica amministrazione, ex art. 1337 c.c. Limitandoci alla prima di esse, che qui rileva, il collegio ricorda tra l'altro che «quanto al petitum, nel giudizio per responsabilità da atti legittimi o leciti, esso è limitato al pregiudizio immediatamente subito, ed è quindi limitato al cd. danno emergente, mentre nel giudizio risarcitorio esso si estende – fermi, ovviamente, i necessari presupposti probatori – a tutto il pregiudizio (danno emergente e lucro cessante), conseguente all'illegittima violazione della sfera giuridico – patrimoniale del soggetto leso». Sul tema interessante anche T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 27 ottobre 2011, n. 1861, che si sofferma sulla revoca in materia edilizia, disponendo che, riferimento ad una fattispecie di revoca legittima di un permesso di costruire, «quanto all'entità dell'indennizzo dovuto, il Collegio, in analogia al disposto di cui al comma 1 bis del medesimo art. 21 quinquies richiamato, ritiene equo procedere alla sua liquidazione parametrandolo al solo danno emergente e tenendo conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte della Amministrazione comunale della possibile contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico che dell'eventuale concorso dei destinatari del titolo abilitativo all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico»; ne consegue che «il Collegio ritiene di dovere riconoscere, in via equitativa, il danno emergente quantificato esclusivamente con riferimento al costo del permesso edilizio e degli oneri di concessione eventualmente versati».

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2010, n. 7334.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751 e Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2010, n. 671.

Da ultimo, si è chiarito come il modello indennitario in esame, attraverso «una sorta di progressiva neutralizzazione di ogni profilo colposo e di tendenziale oggettivizzazione della rilevanza del danno», delinea una fattispecie in cui l'atto di revoca rileva di per sé, «non dovendo essere compiuta alcuna indagine sulla pregiudiziale illegittimità del provvedimento amministrativo né sui profili di colpevolezza imputabili all'Amministrazione precedente». In buona sostanza, il pretendente l'indennizzo deve dimostrare soltanto «l'oggettiva verifica di pregiudizi economicamente apprezzabili, collegati causalmente all'atto di revoca», a nulla rilevando la colpa dell'amministrazione, il decorso del tempo tra l'adozione del provvedimento e la sua revoca né la violazione di regole di correttezza³⁷.

Può, da ultimo, assimilarsi all'indennizzo disposto nel caso della revoca quello previsto dall'art. 1, comma 136, l. 30 dicembre 2004 n. 311, il quale dispone che «al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso» (comma 1); «l'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante» (comma 2)³⁸. La disposizione è volta a rendere recessivo il c.d. consolidamento delle situazioni soggettive del privato derivanti da provvedimenti inficiati da vizi di legittimità in presenza di un interesse economico di risparmio dell'amministrazione (o più correttamente della collettività in generale). Essa consente, quindi, un intervento in autotutela indipendentemente dal lasso

³⁷ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 luglio 2008, n. 6817. In questo senso v. anche, di recente, Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7334 per cui «poiché la disciplina dell'art. 21-quinquies non contempla un risarcimento del danno collegato alla responsabilità contrattuale, precontrattuale o extracontrattuale –ove la colpa del danneggiante è comunque essenziale (salvo un diverso regime probatorio in relazione a ciascun tipo di responsabilità civile) – non occorre neppure accertare la presenza di colpa nell'apparato amministrativo».

³⁸ Cfr. A. AULETTA, *Sulla tutela del legittimo affidamento a fronte dell'esercizio del potere di autotutela ex art.1, comma 136, della legge n. 311 del 2004*, in *Nel diritto*, n. 6, 2013.

temporale decorso dall'adozione dell'atto in deroga ai normali criteri che regolano l'annullamento d'ufficio del provvedimento³⁹.

Quanto al primo comma, ci si è chiesti se il legislatore avesse obliterato il presupposto della sussistenza dell'interesse pubblico all'annullamento, codificando una ipotesi di annullamento "*in re ipsa*". Si è quindi sostenuto che si trattasse di un'autotutela doverosa⁴⁰. Di recente il Consiglio di Stato ha invece sottolineato come la presenza del termine "può", che precede la scelta di disporre dell'annullamento d'ufficio, fonda la natura ampiamente discrezionale anche di detta potestà⁴¹. Dunque pare potersi affermare che comunque vi deve essere un interesse pubblico all'annullamento, che in tal caso prevale, per volontà del legislatore, sull'affidamento in quanto giustificato da esigenze di risparmi economico, ma che rimanga poi in concreto rimesso pur sempre alla valutazione discrezionale della p.a. se procedere o meno all'annullamento.

Quanto al secondo comma, possiamo riscontrare due elementi di specialità "per aggiunta" rispetto al caso antecedente: il limite temporale di tre anni decorrenti dal momento in cui l'atto da rimuovere ha acquistato efficacia e la corresponsione dell'indennizzo. I due elementi denotano quindi una maggior sensibilità verso l'affidamento del privato, piuttosto criticata⁴², nel caso in cui l'annullamento pur essendo motivato da esigenze generali di particolar valore incide su provvedimenti legati a rapporti contrattuali o convenzionali con privati.

Si è inoltre sottolineato come il riferimento ad un'esecuzione "perdurante" sembrerebbe ammettere in via legale possibilità di un annullamento con effetti *ex nunc*; l'ipotesi, come si è già osservato, è ormai possibile anche in via generale⁴³.

³⁹ Cfr. par. I, cap. II.

⁴⁰ Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 6 novembre 2009, n. 1210.

⁴¹ In questi termini Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156.

⁴² Si è, in particolare, sottolineato come scaduti i tre anni il provvedimento illegittimo che incide su rapporti contrattuali o convenzionali non sia più annullabile. Da ciò deriva che non solo non sono più recuperabili le somme già erogate ma si sana, di fatto, l'illegittimità, garantendo al privato il diritto di chiedere le ulteriori somme derivanti dall'esecuzione del rapporto (cfr. R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, p. 1326).

⁴³ Cfr. par. I, cap. II.

Nella fattispecie “speciale” rivediamo quindi comparire l’indennizzo. La giurisprudenza ha chiarito in merito che esso presuppone che non vi sia stata conoscenza, secondo criteri di media diligenza, dell’illegittimità dell’atto da parte del suo destinatario (che invece ha confidato nella sua legittimità), e che non vi sia stato il concorso nella produzione del vizio di legittimità inficiante l’atto; la misura dell’indennizzo, inoltre, deve ritenersi limitata al danno emergente⁴⁴.

2.2.2. *L’indennizzo negli accordi di cui all’art. 11, l. n. 241 del 1990*

Un caso di indennizzo molto noto è quello disposto dalla legge generale sul procedimento nel caso degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento: «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l’amministrazione recede unilateralmente dall’accordo, salvo l’obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato» (art. 11, comma 4)⁴⁵. Si tratta di una di quelle fattispecie in cui lo strumento contrattuale appare piegato all’esercizio di un potere amministrativo⁴⁶ ed è per questo che si ritiene

⁴⁴ Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156.

⁴⁵ Sul tema, tra i tanti, cfr. S. AMOROSINO, *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni*, Padova, 1984; G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico. Strutture e tipi*, Milano, 1978; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e criteri*, Milano, 1984; F. FRACCHIA, *L’accordo sostitutivo*, Padova, 1998; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici (voce)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 1 e ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; F. SATTÀ, *Accordi (voce)*, in M. Clarich e F. Fonderico (a cura di) *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 8; F. PASCUCCI, *Accordi tra pubbliche amministrazioni*, in R. Tomei (a cura di), *La nuova disciplina dell’azione amministrativa*, Padova, 2005; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall’accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc.1, p. 270.

⁴⁶ La fattispecie ben può essere ricondotta al modello delle “fattispecie miste a prevalenza pubblicistica”, ossia fattispecie inquadrabili nell’ambito del diritto pubblico ma caratterizzate da significativi profili privatistici. Cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 2010, p. 342 e ss. In giurisprudenza cfr. T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 4 giugno 2013, n. 899, che compie un utile riepilogo dell’istituto: «Tali accordi, a ben vedere, non sono negozi di diritto privato, bensì contratti ad oggetto pubblico per i quali, non a caso, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 11, comma 5 legge n. 241/1990 (ora art. 133, comma 1, lett. a), punto 2 cod. proc. amm.). Si tratta di una innovativa modalità di esercizio del potere amministrativo attuata attraverso un modulo bilaterale e consensuale. Tuttavia, la potestà esercitata rimane pubblica e, quindi, istituzionalmente funzionalizzata al perseguimento dell’interesse pubblico di cui è titolare l’Amministrazione e soggetta alle regole generali dell’attività amministrativa, in parte, diverse da quelle che disciplinano l’attività contrattuale privatistica. (...) Nulla è di ostacolo alla fusione - contaminazione tra potere amministrativo (della parte pubblica) e autonomia privata (della parte privata) in un atto bilaterale

opportuna la sua trattazione, in estrema sintesi, in ossequio alle indicazioni metodologiche indicate nelle premesse⁴⁷.

Lo schema contrattuale in oggetto è un modello ormai ricorrente in una molteplicità di fattispecie amministrative, come l'atto di cessione volontaria in materia espropriativa⁴⁸ e la convenzione di lottizzazione⁴⁹.

Nel caso in esame, l'indennizzo è disposto a fronte di un provvedimento di recesso da una posizione contrattuale assunta in precedenza dall'amministrazione, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero in sostituzione di questo, per meglio perseguire il pubblico interesse, ma senza arrecare un pregiudizio dei diritti dei terzi. La giurisprudenza ha chiarito che esso non può essere concesso ove derivi da fatto degli stessi privati che ne subiscono l'effetto⁵⁰.

consensuale in cui confluiscono nella regolamentazione di interessi comuni. L'Amministrazione nella conclusione di tali accordi, diversamente dalla parte privata, non esercita alcuna autonomia privata (come dimostrato dalla previsione di cui al comma 4 *bis* dell'art. 11 legge n. 241/1990 relativa alla necessità della previa deliberazione da parte dell'organo competente per l'adozione del provvedimento integrato o sostituito), bensì un potere unilaterale non privatistico. (...) Ovviamente, pur essendo gli accordi *ex art. 11* legge n. 241/1990 privi della natura di contratti di diritto privato, cionondimeno costituiscono atti bilaterali vincolanti in forza del principio generale di cui all'art. 1372 cod. civ. (secondo cui "Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge") applicabile in detto ambito poiché espressamente richiamato, quale principio civilistico in materia di obbligazioni e contratti, dall'art. 11, comma 2 legge n. 241/1990».

⁴⁷ Si è infatti chiarito che il presente lavoro mira solo alla trattazione del potere amministrativo e non dell'amministrazione in generale, escludendosi così tutti i casi in cui matura una situazione giuridica soggettiva di affidamento ma in fattispecie soggette alle regole di diritto comune ed in cui la p.a. in nulla si distingue rispetto ad un qualunque privato.

⁴⁸ Cfr. Cass., sez. un., 30 gennaio 2008, n. 2029 per cui l'atto di cessione volontaria è stato ascritto al novero degli accordi sostitutivi, in particolare in sostituzione del decreto di esproprio. Sul punto v. anche Cass. sez. un., 6 dicembre 2010, n. 24687, per cui: «la funzione stessa di tale cessione è quella di rappresentare un modo tipico di chiusura del procedimento di esproprio, secondo modalità ritenute necessarie dalla legge in forza di una relazione legale e predeterminata di alternatività della cessione volontaria rispetto al decreto ablatorio, e non già di mera "sostituzione" di questo che ne consenta l'inquadramento tra gli accordi sostitutivi di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 11, comma 1 i quali sono liberi nell'an e nel quomodo, a differenza degli accordi espropriativi che sono, invece, liberi soltanto nell'an».

⁴⁹ «La convenzione di lottizzazione si sostanzia in un accordo bilaterale, intercorrente tra i privati e la p.a., alternativo rispetto agli strumenti urbanistici attuativi, avente ad oggetto la definizione dell'assetto urbanistico di una parte del territorio, ed è tipicamente riferibile agli accordi sostitutivi del provvedimento» (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 10 giugno 2010, n. 22749). Ne deriva, dunque, che «la natura della convenzione di lottizzazione di accordo sostitutivo del provvedimento autorizza l'amministrazione a sciogliersi dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ed a regolare unilateralmente ed autoritativamente i rapporti e le attività oggetto della convenzione» (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 18 gennaio 2011, n. 104).

⁵⁰ Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 21 novembre 2006, n. 2319.

Trattandosi a tutti gli effetti di un contratto, il privato, in qualità di contraente, matura un'aspettativa a che l'altra parte, anche se nell'esercizio di un pubblico potere, si attenga alle pattuizioni previste, così che esso ben può avere orientato i suoi comportamenti proprio sull'aspettativa suddetta. Ancora una volta, la legittimità dell'azione amministrativa non esclude la sua lesività, irragionevole su un piano di equità e giustizia sostanziale, per il privato.

Si tratta, tuttavia, di un recesso *sui generis*⁵¹, perché gli accordi su cui interviene concernono in ogni caso attività amministrative di carattere discrezionale, il che gli conferisce una "vicinanza alla potestà di revoca"⁵². Esso, dunque, a differenza del recesso di diritto comune, «presenta il duplice carattere della funzionalizzazione, che presuppone una sopravvenienza di pubblico interesse, e della doverosità»⁵³.

La disciplina sul recesso si estende anche agli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15, così che come trasla la possibilità di recesso, così pure l'indennizzo ben appare estendibile anche a questa fattispecie⁵⁴.

Quanto al *quantum* dell'indennizzo si può rinviare a quanto già affermato per la revoca, essendo, anche qui, escluso il lucro cessante⁵⁵.

⁵¹ Secondo i sostenitori della teoria privatistica il recesso in esame sarebbe da ricondurre al paradigma civilistico disciplinato dall'art. 1373 c.c. (L. MONTEFERRANTE, *Ai confini del diritto pubblico: revoca e recesso nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Corr. mer.*, n.3, 2006, p. 367 e ss). La dottrina maggioritaria, invece, appare di senso contrario (cfr., tra i tanti, V. MENGOLI, *Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003) così come la giurisprudenza (v. T.A.R. toscana, sez. II, 30 dicembre 2011, n. 2077).

⁵² T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 27 maggio 2010, n. 3551.

⁵³ T.A.R. Liguria, sez. I, 11 luglio 2007, n. 1377.

⁵⁴ V. Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2011, n. 6162 per cui «nonostante l'art. 15, comma 2, della legge n. 241 del 1990 non menzioni in modo espresso il comma 4 dell'articolo 11 (in tema di esercizio del potere di recesso da parte della P.A. dagli accordi) fra le disposizioni applicabili anche agli accordi fra amministrazioni pubbliche di cui al successivo art. 15, nondimeno è da ritenersi che la effettiva sussistenza di tale potere di recesso emerga quale corollario del principio di inesauribilità del potere pubblico, che caratterizza l'esercizio delle pubbliche funzioni. Ovviamente, il provvedimento che sia espressione di un tale potere di recesso va adeguatamente motivato, tenendo conto delle circostanze avvenute e delle esigenze di spesa, e se del caso anche della illegittimità della originaria determinazione, ma comunque valutando gli interessi pubblici (e privati) sui quali si va ad incidere».

⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786, che sottolinea come le conseguenze che l'ordinamento ha previsto dal punto di vista economico per il caso di sopravvenienze di pubblico interesse ostative alla prosecuzione del rapporto tra contratti di diritto pubblico da un lato e contratti di diritto privato dall'altro siano totalmente differenti: «nel primo caso il ristoro patrimoniale del

2.3 Considerazioni generali sul ruolo dell'indennizzo come forma di ristoro del legittimo affidamento

Alla luce delle precedenti riflessioni, appare possibile riflettere su quale sia il vero ruolo dell'indennizzo in relazione all'affidamento, ossia se esso possa realmente includersi tra le forme di ristoro economico di tale situazione giuridica soggettiva.

Ebbene, più di una considerazione portano a ritenere che esso sia effettivamente collocabile in tale categoria, tenendo, tuttavia, a mente che il ristoro dell'affidamento non è lo scopo dell'indennizzo e dunque vi è la possibilità di alcune voci di danno all'affidamento non ricomprese nell'indennizzo. Tali conclusioni sembrano essere avvalorate dalle seguenti considerazioni.

In primis sul *quantum* dell'indennizzo. Si è visto come lo stesso sia tradizionalmente limitato al solo danno emergente⁵⁶, ossia alle perdite effettivamente

contraente privato è limitato all'indennizzo, che, per definizione ed antitesi rispetto al risarcimento del danno, non è integralmente compensativo del pregiudizio sofferto dal contraente privato a causa dello sconvolgimento del programma negoziale prefigurato nel contratto»; «per i contratti di diritto privato, l'amministrazione che intenda recedere è tenuta invece a pagare i lavori eseguiti, nonché a tenere indenne l'appaltatore del valore dei materiali esistenti in cantiere e, nell'ottica del ristoro dell'interesse positivo all'integrale esecuzione del contratto, a corrispondere allo stesso l'utile presuntivamente conseguibile in quest'ultimo caso, forfetariamente quantificato nel 10% dei lavori non eseguiti». In dottrina si è tuttavia precisato che vi sono ragioni di ordine sistematico che inducono a ritenere che la somma da corrispondere al privato danneggiato dal recesso dell'amministrazione debba sempre garantire *in toto* la copertura della perdita patrimoniale subita dallo stesso, ma anche coprire, nella normalità dei casi, una parte del profitto che il privato non ha potuto conseguire: «se l'esigenza di tenere distinta la fattispecie del recesso legittimo da quella dell'inadempimento colpevole e la circostanza che esso possa essere disposto solo per gravi esigenze di pubblico interesse inducono ad escludere, in assenza di una precisa indicazione legislativa sulla distribuzione dei costi del recesso, che l'indennizzo debba comprendere tutto il lucro cessante, tuttavia un'equa ed equilibrata composizione tra gli interessi delle parti richiede, di regola, che esso si estenda a quelle perdite di profitto che sono conseguenza inevitabile dell'anticipata interruzione del rapporto contrattuale»; «il che implica tra l'altro che, per definire in concreto la misura dell'indennità, si dovrà avere riguardo (oltre che, naturalmente, alle perdite patrimoniali subite dal privato) alle ripercussioni che il recesso ha sull'attività economica del soggetto che la subisce, sulla programmazione della medesima e sulla sua conseguente capacità di produrre profitto» (E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici (Voce)*, in *Enc. dir.*, *Agg. V*, Milano, 2001, p. 1 e ss).

⁵⁶ Appare del tutto scontato il richiamo all'art. 1223 c.c., per cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore (danno emergente), come il mancato guadagno (lucro cessante) in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta. Per un approfondimento cfr., *ex multis*, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 648 e ss. Il risarcimento presuppone un illecito e quindi la norma in esame non si applica nel caso dell'indennizzo, che presuppone sì un danno ma da fatto lecito; nel determinare il suo ammontare è utile tuttavia fare riferimento ai concetti sopra indicati.

subite dal privato. Questo significa che, ad esempio, nel caso della revoca di un permesso edilizio, esso coprirà il costo dello stesso e degli oneri di concessione eventualmente versati⁵⁷. L'indennizzo non ha allora nulla a che vedere con l'affidamento? Non sembra potersi rispondere affermativamente. Il danno emergente, focalizzando la lente sulle spese "vive" che il privato ha subito inutilmente, sembra anche andare a ristorare proprio le conseguenze dannose subite dal privato a causa della sua fiducia nella correttezza dell'azione amministrativa. Egli paga gli oneri di concessione perché crede che l'amministrazione stia agendo correttamente. Sostiene le spese per stipulare un contratto integrativo del provvedimento perché reputa che l'amministrazione agirà secondo buona fede. E' chiaro, tuttavia, che l'indennizzo non copre tutte le possibili forme di danno derivanti dall'azione amministrativa ma si limita a quelle evidenti e di cui l'amministrazione ha conoscenza.

Tale ultimo aspetto si collega alla seconda riflessione, quella sulla finalità dell'indennizzo. Si è già detto che lo scopo di tale strumento è quella di bilanciare gli effetti negativi dell'azione amministrativa in modo equo, andando a rimuovere quello che diventa una sorta di postumo e sopravvenuto indebito oggettivo⁵⁸. Ciò non implica, tuttavia, che anche l'affidamento non possa dirsi, in senso lato ed atecnico, ristorato. Esso è, seppur indirettamente, compensato attraverso l'indennizzo poiché il bilanciamento sotteso all'indennizzo è proprio quello tra l'interesse pubblico e quello privato, così che quest'ultimo sarà senz'altro interessato dalla misura indennitaria. Sul punto, anche la giurisprudenza, seppur con riferimento ad un caso di indennizzo appartenente alla normativa speciale, ha affermato esso «appresta un meccanismo di protezione fondato sulla contemperazione degli opposti interessi in gioco, da un lato, la tutela dell'affidamento del beneficiario e, dall'altro, la tutela dell'ordine pubblico», posto che va «ravvisata nella disposizione di cui all'art. 11 del DPR 252/98 l'emersione di un più generale principio equitativo di tutela dell'affidamento,

⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156 (v. nota 30).

⁵⁸ Il parallelismo mira, in senso atecnico, ad indicare che, analogamente a quanto accade per la fattispecie di indebito oggettivo (art. 2033 c.c.) con un diritto ad ottenere la ripetizione di un pagamento eseguito ma "non dovuto", anche in questo caso, poiché il provvedimento o il contratto ad esso sostitutivo o integrativo verranno poi a perdere efficacia, il pagamento diventa in seguito, in via sopravvenuta, "non dovuto" e dunque doverosamente ripetibile al privato.

comune a quanto prescritto dall'art. 2041 del codice civile, e dall'art. 21 quinquies, comma 1 bis, della l. 241/90»⁵⁹.

Da ultimo, ci si potrebbe chiedere se sia ostativa alla inclusione dell'indennizzo nella tutela "patrimoniale" dell'affidamento la circostanza che la presenza di un indennizzo non esclude la possibilità di configurare anche una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione⁶⁰. Infatti, secondo la giurisprudenza, può residuare una responsabilità a titolo precontrattuale sia nel caso di indennizzo derivante da una legittima (o illegittima) revoca⁶¹, sia in quello degli accordi, allorché l'amministrazione «con il proprio complessivo colpevole comportamento, leda l'affidamento in buona fede del privato in merito alla conclusione dell'accordo medesimo, indipendentemente dal profilo della legittimità o meno dell'esercizio del potere autoritativo di autotutela»⁶², purché, va da sé, vi siano anche di tutti gli elementi che caratterizzano questo tipo di responsabilità, come la colpa dell'amministrazione (non essenziale, viceversa, nel caso dell'indennizzo).

Anche tale evenienza, tuttavia, non pare sollevare grandi difficoltà. E' vero che la responsabilità precontrattuale mira proprio a sanzionare la violazione del dovere di correttezza, di cui l'affidamento costituisce contraltare, ma nulla esclude che essa intervenga non in antinomia bensì "in sostegno" dell'indennizzo, coprendo altre voci di danno all'affidamento che sono tuttavia affini a quelle indennizzate. Proprio tale duplice carta, quella dell'indennizzo e quella del risarcimento, che il privato può giocare, avvalorata così l'idea che l'indennizzo riguardi sì l'affidamento ma possa non

⁵⁹ Cfr. T.A.R. Calabria, 15 febbraio 2013, n. 119. Il caso riguardava l'art. 11, comma 2, del DPR 252/1998, ai sensi del quale, decorso il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione della richiesta (dell'informativa antimafia), le amministrazioni procedono anche in assenza delle informazioni del Prefetto. In tal caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni sono corrisposti sotto condizione risolutiva e l'amministrazione interessata può revocare le autorizzazioni o le concessioni o recedere dai contratti, fatto salvo il pagamento delle opere già eseguite ed il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

⁶⁰ Di cui si dirà a breve nel cap. III, par. 3.

⁶¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372. V. anche Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920 «vero è che - almeno secondo una interpretazione costituzionalmente orientata - la previsione di tale indennizzo certamente non esclude la risarcibilità (in senso tecnico) dei pregiudizi patiti dall'interessato nel caso di revoca illegittima e non dovrebbe probabilmente escludere la risarcibilità (sempre in senso tecnico) dei danni patiti non per la revoca in sé ma ad esempio per le modalità non adeguatamente protettive con le quali la P.A. sia pervenuta ad adottare il provvedimento».

⁶² T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 11 novembre 2011, n. 1704.

coprire tutte le conseguenze dannose subite, così che al privato rimane la facoltà di provare “il maggior danno”, dimostrando, in giudizio, la scorrettezza. Basta sul punto ricordare che tra i grandi esclusi dell’indennizzo vi è, per esempio, il danno da perdita di *chance*⁶³.

In conclusione, quello che pare accadere, è che, poiché l’ammontare dell’indennizzo è disposto secondo un criterio forfettario-equitativo, tenuto conto anche dell’interesse pubblico, vi rientrano solo alcune, “sicure”, perdite economiche legate all’esercizio di un potere amministrativo straordinariamente lesivo per il privato, ossia il danno emergente; tuttavia, nella fattispecie concreta, il privato può aver subito maggiori danni che dimostrerà, allora, in sede di responsabilità precontrattuale. Si condividono, sotto questo profilo, le affermazioni di quella parte della dottrina che ha definito l’indennizzo «la tutela minima, *ex lege* prevista, funzionale a tutelare la situazione di affidamento che necessariamente ha caratterizzato il rapporto istaurato»⁶⁴.

3. La risarcibilità dell’affidamento nell’ambito della responsabilità precontrattuale della p.a.

3.1. La responsabilità precontrattuale della p.a.: il percorso verso l’affermazione del dovere di correttezza dell’amministrazione nelle trattative contrattuali

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione⁶⁵ ha costituito per molto tempo un tabù, uno di quei privilegi⁶⁶ di cui l’amministrazione ha goduto

⁶³ Sul quale si dirà in modo più approfondito in questo capitolo al par. 3.2.

⁶⁴ A. CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali*, cit., paragrafo 3.

⁶⁵ Sul tema, *ex multis*, cfr. F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Foro pad.*, 1962, I, 1357 ss.; M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 1963, III, 263 ss.; F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedimentali*, in *Corr. giur.*, 1996, 294 ss.; G. STOLFI, *Sulla culpa «in contrahendo» dell’amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II; 22; G. LEONE, *Osservazioni sulla responsabilità precontrattuale della p.a. con particolare riguardo alla trattative scelte senza autorizzazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 123 ss.; V. NOCCO, *La responsabilità precontrattuale in particolare quella della p.a.*, in *Nuova rass.*, 1991, 1494 ss.; L. VACCARELLA, *Atti prodromici alla conclusione del contratto e profili di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. app.*,

sulla scorta di una sorta di timore reverenziale verso “l'autorità”⁶⁷ che la contraddistingue. L'istituto trova la propria regolamentazione nel Codice civile, il quale, all'art. 1337, sancisce l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto⁶⁸. In senso affine l'art. 1338 c.c. per cui la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra, è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto⁶⁹.

Nella fase precontrattuale le parti sono dunque libere sia di non stipulare il contratto che di adottarlo ma con certi contenuti; tali facoltà, riconducibili alla “libertà negoziale”, devono tuttavia essere esercitate nel rispetto delle regole di diligenza e correttezza, onde evitare un “abuso della libertà negoziale”, che è sanzionato con il rimedio della responsabilità precontrattuale.

1990, 790 ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della p.a.*, Napoli, 2000; G. CHINÉ, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro Amm.*, T.A.R., 2003, II, p. 79; G. D. COMPORI, *La tutela risarcitoria "oltre" il codice*, in *Foro amm. TAR*, 2010, fasc.10, p. 67 e ss.

⁶⁶ Si è già ricordato come la concezione del diritto pubblico come diritto di privilegio sia ormai venuta gradualmente meno grazie ad un progressivo processo di “giuridicizzazione” del potere amministrativo (cfr. cap. I, par. I).

⁶⁷ Si è di recente ricordato come il concetto di “autorità”, in sé e dal punto di vista storico, sin dai tempi della antica Roma, sia in realtà una nozione positiva e che, invece, sia stato il diritto pubblico italiano, a partire dalla seconda metà del Secolo scorso, in reazione alla tragedia nazista ed ai regimi totalitari, a connotarla di un'accezione negativa, associandola a quello di autoritarismo, che invece con essa nulla a che vedere (cfr. G. GRÜNER, *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. amm.*, 2011, 2, p. 273 e ss.)

⁶⁸ La norma non considera direttamente il fenomeno del danno e la conseguenza del risarcimento ma prescrive un obbligo di comportamento; l'interesse protetto dalla norma è quello alla lealtà e serietà della trattativa. Cosa si intenda con questa espressione non è univo. Una definizione felice è quella di “interazione fra le parti del futuro eventuale contatto”, tenendo conto che il contesto idoneo a contenere i comportamenti suscettibili di generare responsabilità ex art. 1337 va al di là delle trattative e della formazione del contratto in senso stretto, essendo necessario che «la scorrettezza, ancorché temporalmente preceda la trattativa, sia funzionalmente mirata a questa e al relativo contratto» (così V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, p. 167 e 169).

⁶⁹ Le situazioni dannose che possono derivare dalla violazione del dovere di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c. sono principalmente tre: la mancata conclusione del contratto; la conclusione di un contratto invalido; la conclusione di un contratto valido ma non conveniente per la vittima della scorrettezza. La seconda fattispecie è regolata dall'art. 1338 c.c. , norma che tuttavia non costituisce una mera specificazione dell'art. 1337 sotto il profilo della mancata informazione. Essa, infatti, ha ad oggetto una nozione di informazione più ampia e risponde non tanto alla violazione del dovere d'informazione quanto piuttosto a quello di non ingannare o minacciare controparte (cfr. V. ROPPO, *Il contratto, cit.*, p. 172 e ss.).

Fino agli anni sessanta era infatti convinzione diffusa e condivisa⁷⁰ quella per cui alla pubblica amministrazione fossero inapplicabili i principi della *culpa in contrahendo*, sulla scorta di una serie di motivazioni, come l'inammissibilità di un sindacato del giudice ordinario su scelte di questa natura⁷¹ o l'impossibilità del formarsi di un affidamento del privato, a fronte di un procedimento per la stipula dei contratti pubblici di carattere speciale e permeato profondamente del profilo pubblicistico⁷².

Questa torre di cristallo, costituita da ragioni che apparivano sempre più fragili con l'evoluzione della concezione della pubblica amministrazione, da soggetto intoccabile ed estraneo al cittadino ad autorità al servizio della collettività pubblica, ha cominciato a vacillare a forza di colpi più o meno ben assestati dalla dottrina, che sottolineava come nella responsabilità contrattuale «ciò che si chiede al giudice non è di valutare se il soggetto amministrativo si sia condotto da corretto amministratore, ma se si sia condotto da corretto contraente»⁷³.

Si è così giunti al riconoscimento da parte della prima timida giurisprudenza dell'applicabilità anche alla pubblica amministrazione della responsabilità

⁷⁰ In giurisprudenza cfr. per tutti Cass., Sez. Un., 12 luglio 1951, n. 1912 per cui la pubblica amministrazione «nel determinarsi a contrattare coi privati usa di un libero potere discrezionale e finché il contratto non sia approvato nei modi di legge dagli organi pubblici competenti, può sempre annullare ogni trattativa, pur quando il privato abbia prestato il suo consenso e si sia già obbligato verso di essa»; «attribuire quindi una responsabilità alla Pubblica amministrazione per *culpa in contrahendo* significherebbe vincolarla in una sfera di attività in cui essa ha piena libertà di determinarsi secondo che li consigli o meno l'interesse pubblico da apprezzarsi naturalmente con piena discrezionalità».

⁷¹ Cfr. R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, 144 e ss., per cui non è ammissibile la responsabilità della pubblica amministrazione nel corso delle trattative perché sindacare se l'organo amministrativo che ha condotto le trattative si sia condotto o meno da corretto amministratore è un sindacato "inammissibile al giudice ordinario, involgendo esso l'esame di questioni amministrative".

⁷² Cfr., *ex multis*, A. VELA, *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, 855, che in considerazione della possibilità di revoca illimitata della deliberazione di contrattare ritiene che l'aspettativa del contraente privato non possa essere tutelata e S.A. RASI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 510 e ss. per cui «non si azzardi il privato incolpevole che abbia riposto la sua buona fede nell'intrapresa contrattazione, condotta dagli agenti della pubblica amministrazione, ad invocare giustizia davanti il giudice ordinario, che mai quest'ultimo potrebbe insinuarsi a sindacare il merito e la discrezionalità dei processi amministrativi di formazione della volontà negoziale, tutti dominati dall'interno di realizzare il pubblico interesse di fronte al quale dovrebbe soggiacere ogni legittima pretesa del privato alla lealtà delle trattative».

⁷³ M. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 462 e ss.

precontrattuale: «benché una responsabilità precontrattuale o per *culpa in contrahendo* della P.A. non sia ipotizzabile in funzione di inadempimento di doveri inerenti alle sue funzioni istituzionali, o di mancato compimento di attività intese a promuovere i prescritti controlli, tuttavia non si può escludere la configurabilità di una tale responsabilità nei casi in cui gli organi degli enti pubblici nelle trattative o nelle relazioni con i terzi abbiano compiuto azioni od omissioni che contrastano con i principi della lealtà, della correttezza e della buona fede la cui puntuale osservanza da parte della P.A. non è certo incompatibile con i principi generali di diritto pubblico»⁷⁴.

A partire da questa svolta radicale è iniziato, dunque, un percorso di espansione continua, di cui ancora oggi siamo spettatori. In un primo momento la responsabilità precontrattuale fu limitata alle condotte intraprese dall'amministrazione nel corso di una trattativa privata (c.d. pura)⁷⁵, e nei c.d. procedimenti ad evidenza pubblica, limitatamente al rapporto instauratosi successivamente all'aggiudicazione della gara (es.: omissione o ritardo nell'approvazione del contratto). Si è poi definitivamente superata anche la tradizionale impostazione che riteneva ammissibile la *culpa in contrahendo* solo limitatamente alla fase successiva all'aggiudicazione del

⁷⁴ Cass., 20 gennaio 1964, n. 128, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 1165. La prima pronunciata che ha dato vita al cambio di rotta è stata invece Cass., Sez. Un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, 1165, con nota di L. BIGLIAZZI GERI, *Culpa in contrahendo terzi e p.a.* Il principio viene ribadito qualche anno dopo dalle Sezioni Unite n. 5328 del 17 novembre 1978, n. 5328 per cui sussiste la responsabilità precontrattuale della p.a. la quale, dopo la conclusione di un contratto, abbia omesso di comunicare al privato contraente ogni notizia attinente al relativo controllo, malgrado che l'autorità di controllo facesse parte della stessa amministrazione e fosse anzi inquadrato nella stessa branca di attività e nello stesso apparato dell'organo contraente.

⁷⁵ In un primo momento la responsabilità precontrattuale della p.a. fu limitata ai casi in cui la stessa stipula il contratto con il privato mediante una trattativa privata e non a quelli preceduti da un procedimento di scelta e selezione pubblica del contraente. Si accoglieva infatti una nozione restrittiva di "parti" del contratto e si negava che potesse maturare un legittimo affidamento del privato stante la facoltà di recesso in capo al soggetto pubblico; nel caso, invece, della trattativa privata la posizione dell'amministrazione non si distingueva da quella del privato e quindi non vi era difficoltà a riconoscere un dovere di correttezza di ambo le parti conformemente all'art.1337 c.c. (cfr. tra le tante Cass., Sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673 in *Giur.it.* 1998, 569). Tale approdo ben si comprende tenendo a mente la costruzione di stampo civilistico della responsabilità precontrattuale come limitata al momento in cui sorge un «legittimo affidamento nella conclusione del contratto», che comportava che il dovere di correttezza fosse limitato alla fase terminale delle trattative ed escluso ogni qual volta ogni partecipante fosse a conoscenza di altre trattative che potessero compromettere la propria (il che è evidente nel caso delle procedure di selezione pubblica). Sul tema si rinvia per un approfondimento a G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, p. 47 e ss.

contratto⁷⁶, per arrivare all'affermazione di un generale dovere di correttezza, che permea l'intera procedura sin dalla pubblicazione del bando⁷⁷.

⁷⁶ L'effetto della impostazione ricordata nella nota antecedente fu che la giurisprudenza arrivò all'affermazione della responsabilità precontrattuale nei procedimenti ad evidenza pubblica solo limitatamente alla fase successiva alla stipulazione del contratto, ossia in relazione a quell'attività di controllo dello stesso destinato alla sua approvazione, condizione di efficacia del contratto. Se infatti durante le trattative vere e proprie non ci può essere responsabilità precontrattuale perché ciascun partecipante non può maturare alcun legittimo affidamento nella conclusione del contratto, una volta stipulato il contratto tra tale momento e la sua approvazione, poiché non è possibile ravvisare una responsabilità *ex contractu* del soggetto pubblico, non essendo ancora sorta l'obbligazione contrattuale prima dell'approvazione, una eventuale condotta scorretta della p.a. ben può tuttavia rientrare nella responsabilità precontrattuale (in questo senso, tra le tante, ci si limita a ricordare Cass., sez. III, 99 agosto 1977, n. 3649 in *Foro pad.*, 1977 I, 282 che ammette questo tipo di responsabilità per mancata trasmissione del contratto stipulato al prefetto per il visto, da cui il rifiuto di approvazione).

Nel modello oggi vigente di procedura di evidenza pubblica, la suddetta radicata diffidenza verso la responsabilità precontrattuale in sede di trattative si era riproposta traducendosi nella limitazione della stessa alla fase successiva all'aggiudicazione definitiva del contratto. Prima di tale momento i partecipanti al procedimento amministrativo teso alla selezione della migliore offerta sarebbero infatti titolari solo di un interesse legittimo alla legittimità degli atti compiuti dal soggetto pubblico (cfr. nella giurisprudenza ordinaria Cass. civ., S.U., 26 maggio 1997, n. 4673; Sez. I, n. 13164 del 18 giugno 2005; in quella amministrativa Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2010 e n. 3393 per cui non è prospettabile una responsabilità contrattuale «anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, mentre non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative»).

⁷⁷ Anche questa ultima limitazione all'operatività del dovere di correttezza nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica può dirsi, ormai, superata alla luce della più recente giurisprudenza in materia. In questo senso è infatti ormai principio pacifico quello per cui anche la revoca di una procedura contrattuale non ancora sfociata in aggiudicazione può considerarsi come possibile fonte di responsabilità precontrattuale (cfr. Cons. Stato Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882 e 8 ottobre 2008, n. 4947; Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002 e 2 settembre 2011, n. 4921). Le ragioni di un suddetto mutato orientamento sono chiare alla luce di quanto osserva Cons. Stato Sez. VI, n. 5638 del 7 novembre 2012, che ricorda come la fase di formazione dei contratti pubblici sia caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale: il primo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento, anche quando la p.a. agisce mediante moduli convenzionali, dell'interesse pubblico; il secondo da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contemplan normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a. Orbene, in tale contesto «la presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale predeterminato nei suoi profili procedurali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il "contatto sociale" viene individualizzato con l'atto di aggiudicazione. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l'interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità».

Resta tuttavia fermo che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura

Ma il vero salto di qualità si è compiuto con la definitiva affermazione dell'ammissibilità di una responsabilità precontrattuale anche nella nell'ipotesi di svolgimento di attività amministrativa legittima⁷⁸. Al giudice amministrativo viene infatti conferita la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato dagli effetti vantaggiosi derivanti degli atti della fase pubblicistica delle procedura di evidenza pubblica poi caducati⁷⁹. Si afferma così, a chiare lettere, che «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)»⁸⁰.

Il percorso di progressiva autonomizzazione delle regole “di validità” e “di comportamento”⁸¹, che operano su piani distinti, per cui «non è necessaria la

rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale (v. Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

⁷⁸ Vedi Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Urb, e app.*, 2003, n. 8, p. 943, con commento di G.M. RACCA, in cui il giudice amministrativo ha accertato la responsabilità per comportamento scorretto della pubblica amministrazione seppure a fronte della legittimità del provvedimento impugnato. In senso contrario, poco prima, si ricorda Cons. Stato, 18 novembre 2002, n. 6389, per cui «Buona fede e correttezza sono parametri propri ed esclusivi della autonomia privata e risultano di per sé speculari al potere riconosciuto al solo giudice civile di intervenire sul regolamento di interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere, al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell'ordinamento positivo», «L'eventuale illiceità della condotta della p.a., idonea a determinare il diritto al risarcimento del danno a favore del privato, presuppone dunque il preventivo accertamento da parte del giudice amministrativo dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa che può sostanziarsi sia nella emanazione di un atto contra legem, sia nella mancata, ingiustificata adozione di un provvedimento conforme alle aspettative giuridicamente tutelate del privato destinatario e non già della considerazione di tali “comportamenti” alla stregua dei principi di buona fede e correttezza».

⁷⁹ Cons. Stato, Ad. Pl., 5 settembre 2005, n.6, in *Foro Amm. Cds*, 2005, 9, p. 2515.

⁸⁰ *Ibidem*. Il principio è stato poi ripreso da copiosa giurisprudenza, tra cui ci si limita a ricordare Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009, per cui vi è «un apprezzabile margine concettuale di autonomia, e dunque di compatibilità, fra la legittimità della procedura e l'illiceità del contegno precontrattuale della stazione appaltante».

⁸¹ Sulla distinzione nel diritto civile ci si limita a rinviare a G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli 1996 ed a A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009. Nel diritto amministrativo la distinzione ha assunto invece un particolare significato con gli studi di E. GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, 47 e ss, nonché ID., *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*,

violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale e, viceversa, la inosservanza delle regole di condotta può non determinare l'invalidità della procedura di affidamento»⁸², ha compiuto un ulteriore passo in avanti con l'ammissibilità della responsabilità precontrattuale della P.A. anche in presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo⁸³ (il che è, evidentemente, la conseguenza

1951, III, 66, ID., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1954, p. 33 il quale utilizzò le diverse espressioni di “norme di relazione” e “norme di azione” con riferimento alla questione del riparto di giurisdizione tra g.a. e g.o. Le norme di relazione «sono dirette a regolare i rapporti intercorrenti tra l'amministrazione e il cittadino»; «tali norme sono della medesima natura di quelle che regolano, ad esempio, i rapporti interindividuali; ed hanno rispetto a quelle la medesima funzione, cioè la risoluzione di conflitti d'interessi fra soggetti ai quali si rivolgono, e la medesima struttura, in quanto consistono in un comando rivolto ad una volontà di fare, non fare o consentire qualche cosa in favore di un'altra: sono, in una parola, norme materiali che, appunto perché intervengono a disciplinare rapporti tra soggetti dirimendone i conflitti d'interessi, possono chiamarsi efficacemente norme di relazione» (ID., *La giustizia amministrativa*, cit., p. 34). Le norme di azione, invece, «non sono poste per la disciplina di rapporti e la risoluzione di conflitti d'interessi fra Amministrazione e cittadino, ma unicamente per regolare l'attività che l'amministrazione pone in essere per l'attuazione e lo svolgimento dei rapporti già regolati dalle norme di relazione»; «esse tutelano l'interesse pubblico non nel suo rapporto coll'interesse di un soggetto diverso, ma nell'attività dell'Amministrazione, per assicurare la conformità ad esso degli atti che l'amministrazione compie per l'esercizio dei propri diritti e poteri e nell'adempimento dei propri obblighi»; «tali norme hanno carattere strumentale e, appunto perché volte a stabilire se e come l'Amministrazione debba esercitare le facoltà giuridiche, che le norme di relazione le hanno già attribuito nei confronti dei cittadini, possono chiamarsi norme di azione» (ID., *La giustizia amministrativa*, cit., p. 34). Quando vi è una norma del primo tipo (relazione) la controversia appartiene al giudice ordinario; quando la norma è della seconda natura (azione) la cognizione della causa appartiene al giudice amministrativo. Secondo M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* (a cura di E. Cardì e A. Nigro), Bologna, 2000, p. 141 e ss le nozioni in esame sarebbero meramente descrittive, non chiarendo nulla in concreto per distinguerle. La distinzione pare tuttavia aver trovato concreta applicazione per le controversie in materia elettorale e di aiuti comunitari (per un approfondimento del tema e di queste fattispecie applicative cfr. F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, 2013, Torino, p. 72 e ss.). Sul tema v. anche, A. DI MAJO, *Regole di validità e di comportamento nei contratti con la p.a.*, in *Corr. giur.*, 2010, n. 4, p. 536.

⁸² Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674.

⁸³ Un utile riepilogo della tassonomia di ipotesi in cui può ricorrere la responsabilità precontrattuale nelle procedure ad evidenza pubblica, indipendentemente dalla illegittimità o meno degli atti di gara, è compiuta da Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245: «con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è stata indifferentemente configurata dalla giurisprudenza sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia: a) nel caso di revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara; b) per impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento; c) nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura; d) nel caso di revoca dell'aggiudicazione, o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza dei fondi». V. anche Cons. di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662 e Consiglio di Stato, sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790.

logica dell'autonomia dei due giudizi⁸⁴, così che se il provvedimento è legittimo o illegittimo, ciò a nulla rileva ai fini di una responsabilità fondata sul comportamento e non sul provvedimento⁸⁵).

Nel caso di procedure ad evidenza pubblica, in conclusione, la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è configurabile accanto alla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo e al giudizio sulla legittimità degli atti amministrativi. Essa corre su un binario parallelo, perché esiste un procedimento negoziale accanto a quello amministrativo⁸⁶.

3.2. Sulla natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

⁸⁴ Se il giudizio di legittimità è proiettato all'annullamento dell'atto viziato e dunque riguarda esclusivamente l'esercizio del potere, anche se comprensivo dell'attività volta alla sua emanazione, nel secondo, quello di responsabilità, il giudizio investe tutta una serie di fatti che comprendono "anche" l'esame dell'atto amministrativo e dei relativi documenti, ma che possono anche essere altri, quali ad esempio gli incontri non verbalizzati, le telefonate ed ogni altro evento, anche non ricavabile dagli atti. L'amministrazione è dunque stretta dalla morsa di una tenaglia a due braccia, quella delle regole di "validità", che stabiliscono il modo di essere degli atti, e quella delle regole di "comportamento", che hanno riguardo a condotte da tenere nell'ambito di rapporti. Sull'evoluzione storica delle nozioni di illegittimità ed illiceità e del loro rapporto v. A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, fasc.2, p. 209. L'autore ricorda come fino agli inizi degli anni '60 del XX secolo, il regime delle qualificazioni giuridiche dell'attività amministrativa non conforme al diritto obiettivo era fondamentalmente duplice: da un lato, tale attività si diceva illegittima qualora contraria a norme di azione (con lesione di interessi legittimi e giurisdizione del giudice amministrativo); dall'altro, essa si riteneva illecita, se posta in violazione di norme di relazione (incidente, questa volta su diritti soggettivi, con cognizione del giudice ordinario). Questa impostazione veniva tuttavia radicalmente messa in crisi negli anni successivi, in cui, tutta una serie di ragioni, inducevano a far sì che le due nozioni, pur restando nominalmente distinte, subissero un processo di concreta unificazione «sotto le insegne onnivale e totalizzanti della illegittimità». Solo in tempi recenti si è sentita, invece, nuovamente, l'esigenza di un sdoppiamento della nozione, con conseguente critica dell'impostazione «monista» dei rapporti tra illegittimità e responsabilità.

⁸⁵ «La responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza. Nei casi di responsabilità precontrattuale propriamente detti, infatti, ciò che il privato lamenta non è la mancata aggiudicazione, ma la lesione della sua corretta autodeterminazione negoziale» (Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, con commento di D. IACOVELLI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*, su *Giur. it.*, 2013,7, p. 1675).

⁸⁶ Nell'attività contrattuale della p.a. il procedimento amministrativo "doppia" quello negoziale (v. T.A.R. Calabria, sez.II, 9 giugno 2009, n. 627).

Orbene, oltre alle summenzionate difficoltà applicative, la dottrina amministrativistica si interroga da sempre sulla natura della responsabilità precontrattuale alla p.a, tentando di collocarla all'interno delle due macrocategorie della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁸⁷, con tutte le conseguenze di stampo pratico che ne derivano⁸⁸. Le fa eco la giurisprudenza, che oscilla tra le varie classificazioni⁸⁹.

Va da sé che il problema non è esclusivo del diritto amministrativo ma anzi, trattandosi dell'estensione di una regola di comportamento che nasce nei rapporti "tra pari", e che solo poi si estende anche all'amministrazione, la *quaestio* preesiste ed origina dal diritto privato.

Per un'indagine esaustiva della questione non basterebbero le pagine di questo lavoro; ci si limiterà dunque ad "inquadrare", a grandi linee, la tematica.

La tesi oggi dominante è quella che la responsabilità in esame è una responsabilità extracontrattuale⁹⁰ e la risposta arriverebbe, tra l'altro, dal differente

⁸⁷ Sul tema v. il recente saggio di S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, fasc.3, p. 713, che sottolinea come arrivi dal diritto privato comunitario «una linea di pensiero che propende per la riconduzione di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ad un unico ceppo, propugnando la riduzione della disciplina positiva a un regime unitario». Le ragioni che alimentano tale spinta al superamento della distinzione vanno ricercate, secondo l'autore, «nell'emersione di fattispecie sempre più numerose al confine tra le due responsabilità, o per meglio dire di ipotesi difficilmente riconducibili alle concezioni tradizionali di esse», ma anche in un «altro fattore che da sempre esercita una certa pressione sulla distinzione tra le due specie di responsabilità», ossia «l'estensione della responsabilità contrattuale in ambiti tradizionalmente propri della responsabilità aquiliana, come la tutela della persona o dei beni già acquisiti al patrimonio, e qui i terreni dello scontro sono alcuni tipi contrattuali nei quali la persona e i suoi beni sono più fortemente implicati, come ad es. il contratto di lavoro, il contratto di trasporto, il contratto di albergo e il contratto di viaggio».

⁸⁸ Benché le due forme di responsabilità si stiano avvicinando sempre più negli ultimi anni (si pensi, per esempio, al profilo della colpa), rimangono notevoli distinzioni a livello pratico come quella dell'onere della prova e della prescrizione. Sotto il primo profilo, quanto alla responsabilità contrattuale, ci si limita a ricordare che «il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento» (Cass., Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577); viceversa, in quella extracontrattuale, l'onere della prova incombe sul danneggiato. Quanto invece alla prescrizione, il termine di prescrizione è quello ordinario decennale in tema di responsabilità contrattuale, quinquennale ai sensi dell'art. 2947 c.c. per quella extracontrattuale.

⁸⁹ Vedi la nota 90 e 100.

⁹⁰ Cfr., per tutte, Cass. civile, sez. III, 20 marzo 2012, n. 4382, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1103, per cui «in linea di principio è ormai *jus receptum* che la responsabilità precontrattuale della PA è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico nelle trattative e anche nelle relazioni con i terzi abbia compiuto azioni e, così agendo, sia incorso nel compimenti di atti contrastanti con i principi di

interesse tutelato. L'obbligazione e la responsabilità contrattuale proteggono quello specifico interesse del creditore che è l'interesse alla prestazione (art. 1174 c.c.); in quella extracontrattuale, viceversa, sono presenti dei doveri di condotta, non delle obbligazioni in senso proprio, a tutela di interessi della vita di relazione⁹¹.

Merita, tuttavia, di essere ricordato che questo epilogo della vicenda è tutt'altro che condiviso da buona parte del mondo giuridico. Secondo un primo gruppo di "frondisti" tale responsabilità costituirebbe proprio un *terzum genus*, non riconducibile né all'una né all'altra categoria⁹².

Altro significativo e autorevole indirizzo vuole, invece, da sempre la responsabilità precontrattuale della p.a. come "contrattuale"⁹³, collocandola in quella particolare categoria che si è soliti definire "responsabilità da contatto sociale qualificato". Tale elaborazione, come noto, nasce in Germania ed ha trovato nel nostro ordinamento felice innesto grazie alla presenza dell'art. 1173 c.c., che, tra le fonti delle obbligazioni, annovera "ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico"⁹⁴. La giurisprudenza ha tuttavia precisato che

correttezza e buona fede, cui è tenuta nell'ambito del rispetto dei doveri primari, oramai dalla valenza anche costituzionale garantiti dall'art. 2043 c.c.); ancora più recentemente Cass. civile, sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4802, afferma a chiare lettere «la responsabilità precontrattuale, derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 cod. civ. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova».

⁹¹ In questo senso e a favore di questa tesi, *ex multis*, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 177 e ss.

⁹² Cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, XXIX, p. 160; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXIX, p. 1265 ss.

⁹³ Ci si limita a ricordare, *ex multis*, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963. Si è così detto che la responsabilità precontrattuale è andata incontro nella sua storia ad un "destino paradossale": «tutti coloro che ne hanno approfondito l'aspetto teorico, da Jhering a Faggella, da Saleilles a Chironi, da Mengoni, a Benatti, a Turco, così come la totalità della dottrina tedesca, ne hanno affermato la natura contrattuale, anche se di età in età sono cambiati i punti di riferimento ai quali tale contrattualità ha potuto essere ricondotta»; «la giurisprudenza italiana e l'altra metà della dottrina italiana sostengono che la responsabilità precontrattuale ha natura aquiliana» (C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. Castronovo- S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 334 s.).

⁹⁴ La teoria in esame nasce in Germania con lo studio dei c.d. rapporti contrattuali di fatto, al fine di attribuire gli effetti del contratto a fatti privi di un'esplicita manifestazione di volontà ma sostanzianti un consapevole contratto tra le sfere di interessi di due consociati. Sul tema ci si limita a ricordare nella dottrina tedesca G. HAUPT, *Über faktische Vertragverhältnisse*, vol. 124, in *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Leipzig, 1943; H. LEHMANN, *Das «faktische» Vertragsverhältnis*, in *Jherings Jahrbücher*, 90, 1943; G. Merkel, *Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der*, Nürnberg, 1962. Sui rapporti contrattuali di fatto in Italia cfr. D. LATELLA, *I c.d. rapporti contrattuali*

tale responsabilità è in realtà più correttamente riconducibile in quella della fonte-contratto “nel senso proprio del termine”, ossia senza ricorrere alla terza categoria dell’atto/fatto idoneo⁹⁵. Essa riguarda i danni causati da un operatore a un soggetto che riceve i risultati della sua attività, nell’ambito di una relazione qualificata che però non risponde, propriamente, a un contratto (il caso per eccellenza è la relazione tra paziente e medico⁹⁶). Poiché tra le parti, pur non essendovi un contratto, vi è una relazione qualificata definibile come “contatto sociale”, ciò sarebbe ragione idonea ad applicare alla fattispecie le diverse regole della responsabilità contrattuale per violazione di obblighi di protezione senza obbligo primario di prestazione⁹⁷.

di fatto, in *www.lexfor.it*; E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353; C.A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, I, 103; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. II, Padova, 1970; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, 151; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984.

⁹⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712 per cui «È opinione ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321, ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. (...) In quest'ottica deve esser letta anche la disposizione dell'art. 1173 c.c., che classifica le obbligazioni in base alla loro fonte ed espressamente distingue le obbligazioni da contratto (...) da quelle da fatto illecito. Si potrebbe in verità anche sostenere - ed è stato sostenuto - che la nozione di obbligazione contrattuale contenuta in detto articolo ha una valenza più ristretta, e che le obbligazioni derivanti dalla violazione di specifiche norme o principi giuridici preesistenti ricadono nell'ulteriore categoria degli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, cui pure la medesima norma allude. Piuttosto che obbligazioni di natura contrattuale le si dovrebbe insomma definire obbligazioni ex lege. La questione sembra avere, in verità, un valore essenzialmente classificatorio, giacché in linea generale il regime cui sono soggette tali obbligazioni ex lege non si discosta da quello delle obbligazioni contrattuali in senso stretto. Ma, comunque, tenuto conto del carattere assai vago della definizione adoperata per individuare siffatta ulteriore categoria di obbligazioni (essendosi peraltro i redattori del vigente codice civile espressamente rifiutati sia di ripetere la preesistente espressione di obbligazioni derivanti dalla legge, sul presupposto che tutte le obbligazioni si fondano sulla legge, sia di evocare le antiche figure del quasi contratto e del quasi delitto, prive di un reale contenuto determinato), e considerate le difficoltà in cui la stessa dottrina si è sempre trovata nell'interpretare questa espressione normativa (che taluno non ha esitato a definire "sgangherata"), appare probabilmente preferibile circoscriverne la portata alle sole obbligazioni che con sicurezza ne costituiscono la base storica: quelle integranti la cosiddetta responsabilità da fatto lecito - in primis la responsabilità derivante dalla gestione di affari altrui o dall'arricchimento privo di causa - la quale né presuppone l'inesatto adempimento di un obbligo precedente (di fonte legale o contrattuale che sia) né dipende da comportamenti illeciti in danno altrui».

⁹⁶ Sul quale v., per tutte, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577.

⁹⁷ Sul tema Cfr. C. CASTRONOVO, “*Obblighi di protezione*”, in *Enc. Giur.*, V. XXI, Roma, 1990.

La tesi è stata così riproposta anche con riferimento alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e tale impostazione, pare tutt'altro che superata posto che, anche in tempi recenti, essa è stata riproposta dalla stessa Cassazione: «la responsabilità a base della domanda di risarcimento non è qualificabile come contrattuale, cui si avvicina perché consegue al "contatto" tra le future parti per la stipula del contratto e alle scorrettezze del committente, con rilievo ai fini della disciplina della prova applicabile che è quella dell'art. 1218 c.c., ma non può, per la stessa ragione, neppure parificarsi a quella meramente extracontrattuale»⁹⁸.

Merita, comunque, di essere ricordato che la teoria della responsabilità da contatto ha trovato terreno fertile nel diritto amministrativo anche nella generale discussione sulla natura della responsabilità da esercizio del potere illegittimo⁹⁹, guadagnando consensi¹⁰⁰. Essa sembra¹⁰¹, infatti, applicabile quando parte del

⁹⁸ Cass., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutele dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, n. 6, p. 1949 e ss, il quale, pur dubitando della linearità del modo in cui la Cassazione perviene al suo epilogo ritiene tale esito «più persuasivo rispetto a quello che era stato, fino ad ora, accreditato in giurisprudenza» (la decisione è commentata anche da M. RENNA – A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giur. It.*, 2012, 12).

⁹⁹ Sul tema, nella sterminata letteratura, cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 ss.; ID., *Le sezioni Unite tra nuovo e vecchio diritto pubblico dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa e dir. prov.*, 1999, 1241; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1997, 177 ss.; M. PROTTO, *La natura della responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi*, in *www.lexfor.it*; ID., *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, I, 2001, p. 213; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 270; A. BARTOLINI, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, n. 9, p. 959 ss.; D. PAPPANO, *Potere amministrativo e responsabilità civile. La riconsiderazione delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2008; G. D. COMPORTELLI, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, in *Giur. It.*, 2013, 5, 1207.

¹⁰⁰ In giurisprudenza questa tesi, minoritaria, è stata sostenuta in varie occasioni sia dal giudice ordinario che da quello amministrativo. Per tutti si veda, per la prima giurisdizione, Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78 per cui «il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cassazione 500/99/Su, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'articolo 2043 cod.civ.: con le relative conseguenze di accertamento della colpa»; per la giurisdizione amministrativa v. Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204, per cui «allorché il privato sia titolare di un interesse legittimo di natura pretensiva, il contatto che si stabilisce fra lui e l'Amministrazione dà vita ad una relazione giuridica di tipo relativo, nel cui ambito il diritto al risarcimento del danno ingiusto,

rapporto giuridico è una pubblica amministrazione posto che la relazione tra cittadino ed amministrazione non può essere equiparata ad un rapporto casuale, come quello di due soggetti giuridici che entrano in contatto in occasione di un illecito, ma è caratterizzata dalla presenza di puntuali e positivizzati obblighi procedurali che incombono sull'amministrazione a tutela del privato fin dall'inizio del loro "contatto"¹⁰².

derivante dall'adozione di provvedimenti illegittimi presenta una fisionomia sui generis, non riducibile al modello aquiliano dell'articolo 2043 del codice civile, in quanto, al contrario, caratterizzata da alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e di quella per inadempimento delle obbligazioni». Sulla difficoltà presente, ancora oggi, nell'inquadrare nella categorie tradizionali la responsabilità della p.a. è tornato, di recente, Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521 per cui «la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo risponde ad un modello speciale non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile». La responsabilità della pubblica amministrazione ha infatti «natura speciale non riconducibile ai modelli normativi di responsabilità»: «in primo luogo, rispetto alla responsabilità civile, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo. L'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, deve osservare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione»; «in secondo luogo, rispetto alla responsabilità contrattuale, sono diverse le posizioni soggettive che si confrontano: da un lato, dovere di prestazione (o di protezione) e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo». In definitiva, «la peculiarità dell'attività amministrativa – che deve svolgersi nel rispetto di regole procedurali e sostanziali a tutela dell'interesse pubblico – rende speciale, per le ragioni indicate, anche il sistema della responsabilità da attività illegittima».

¹⁰¹ Sottolinea come la sovrapposizione sia solo apparente L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, fasc.1, p. 87, che ricorda che la tesi della responsabilità precontrattuale non è persuasiva perché «se è certo che l'amministrazione deve improntare la propria condotta alle regole di buona fede, questa circostanza non consente di considerare il procedimento amministrativo alla stregua di una trattativa, nell'ambito del quale venga ingenerato l'affidamento del privato»; «il procedimento sicuramente dà luogo a un contatto tra l'amministrazione e il privato, nel quale entrambe le parti si devono attenere ai principi di correttezza e buona fede; tuttavia detto contatto avviene tra sfere procedurali e non già materiali (...) ed è retto da una propria specifica disciplina funzionale che impedisce di operare una piena analogia con quello precontrattuale».

¹⁰² Tale adesione, dalle ripercussioni notevoli sia in punto di giurisdizione che sotto il profilo sostanziale, è stata favorita da una serie di fattori, tra cui si ricorda *in primis* l'utile effetto del superamento dell'ostacolo della spettanza del bene della vita ai fini del risarcimento del danno. La Cassazione con la sentenza n. 500/99 ha subordinato infatti il diritto di ottenere il risarcimento del danno alla c.d. spettanza del bene della vita sotteso all'interesse legittimo (v. Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 981 e ss.; la sentenza è stata oggetto di un numero sterminato di commenti, tra cui ci si limita a ricordare, nella stessa rivista, di F. BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*; G. ALPA, *Il réversionement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*; G. CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*; altrove, v. R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità* in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201; ; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, *ivi*, p. 3212; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, *ivi*, p. 3222; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1262 ss; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500/SU. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335; A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi «non*

Chiusa questa digressione, si ricorda, da ultimo, che l'aderenza alla tesi extracontrattuale oggi dominante fa sì che, affinché si realizzi un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, sia necessario l'accertamento dell'elemento soggettivo

*più solo legittimi», in Corr. giur., 1999, p. 1376; M. PROTTO, È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?, in Urb. e app., 1999, 1067; L. TORCHIA, La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam, in Gior. dir. amm., 1999, 832; A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo, in Dir. pubb., 1999, 487; S. TARULLO, Le prospettive risarcitorie del danno «ingiusto» cagionato dalla pubblica amministrazione tra il d.leg. 80/98 e la sentenza delle sezioni unite 500/SU/99, in Riv. amm., 1999, 597; G. GRECO, Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina, in Riv. it. dir. pubb. com., 1999, 1126; M.A. SANDULLI, Dopo la sentenza n. 500/SU del 1999 delle sezioni unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione e sui suoi riflessi rispetto all'arbitrato, in Riv. arbitrato, 2000, 65; G. ALPA- M. SANINO- P. STELLA RICHTER, Prime riflessioni sulla sentenza n. 500/SU del 1999 delle sezioni unite relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, in Giust. civ., 1999, II, p. 427). La tesi della responsabilità da contatto consente invece il superamento di questo limite perché il privato non chiede il risarcimento del pregiudizio connesso alla mancata attribuzione del bene della vita ma le perdite economiche subite a causa della illegittimità o scorrettezza della p.a., con la conseguenza che il risarcimento non deve essere disposto solo in caso di spettanza del bene della vita (e ad esso commisurato) ma va attribuito solo in base al danno subito. Si è così detto che «il riferimento al contatto tra cittadino ed amministrazione costituisce una novità solo sotto il profilo terminologico, in quanto non fa altro che definire in modo diverso gli obblighi derivanti dal giusto procedimento amministrativo, che la giurisprudenza aveva individuato ben prima della codificazione avvenuta con la legge n. 241 del 1990. Ciò che nella tesi è innovativo, ma discutibile, è il tentativo di far sorgere, quasi in via automatica, una pretesa risarcitoria in capo al privato per la mera violazione di regole procedurali, prescindendo dalla sorte del provvedimento conclusivo del procedimento e quindi dalla spettanza dell'utilità, che il privato tende a conservare o a conseguire» (R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa, cit.*).*

Si è comunque osservato come tale trasposizione non vada esente da criticità. Per tutti si vedano le critiche mosse da R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa, cit.*, il quale, dopo aver esaminato alcune delle principali ipotesi applicative della responsabilità da contatto nel diritto civile, come quella del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale verso il paziente o la responsabilità da informazione inesatte, sottolinea la criticità di un'assimilazione di questi casi alla fattispecie amministrativa, stante «il rischio di trasporre in ambito pubblicistico una dottrina che è comunque coinvolta da una più ampia rimediazione in sede civilistica». L'autore sottolinea inoltre come se è vero che nell'ambito del procedimento, amministrazione e cittadino vengono spesso in contatto fra loro, «da questo contatto (eventuale) non sembra nascere un vero e proprio rapporto obbligatorio, il cui inadempimento costituisce fonte di responsabilità contrattuale». Ricorda poi come in caso di danni non collegati al bene della vita sia necessaria una rigorosa prova del danno e del suo rapporto di causalità con la regola procedimentale violata; se così non fosse, «un generalizzato riconoscimento della tutela risarcitoria, fondato sulla mera violazione delle regole procedurali, incapperebbe nell'impasse costituita dalla difficoltà di quantificare il danno conseguente alla violazione delle norme procedurali, con il rischio che il ricorso a criteri equitativi possa condurre ad un tipo di tutela più vicina alla logica dell'indennizzo che a quella del risarcimento; i benefici riguardo l'an della pretesa risarcitoria si diluirebbero nel riconoscimento del *quantum* livellato verso il basso». Nel complesso, dunque, la teoria «non convince appieno nella parte in cui la tutela risarcitoria viene fatta discendere in via automatica, o quasi, dalla violazione e delle regole procedurali e viene inquadrata all'interno della responsabilità contrattuale».

del dolo o della colpa. In tal senso non occorre, quindi, un particolare comportamento di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente, essendo sufficiente l'accertamento della sussistenza di un elemento psicologico di colpa dell'amministrazione scorretta¹⁰³.

3.3. Il *quantum* della tutela dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale

Alla luce di quanto sin qui ricordato appare allora opportuno soffermarsi sul modo attraverso il quale la responsabilità precontrattuale consente una tutela "risarcitoria" della posizione giuridica soggettiva di affidamento.

Secondo ormai consolidata giurisprudenza il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale in relazione alla mancata stipula di un contratto d'appalto o in relazione all'invalidità dello stesso, «comprende le spese sostenute dall'impresa per aver partecipato alla gara (danno emergente), ma anche e soprattutto la perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impediti proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe derivato dalla stipulazione ed esecuzione del contratto non concluso»¹⁰⁴.

Con riferimento alle spese di partecipazione esse sono state intese in modo abbastanza ampio, comprendente tutte quelle comunque riconducibili all'attività svolta per la partecipazione alla gara ossia tutte le spese "vive" sostenute per la partecipazione alla gara, nei limiti degli importi di cui si riesca a dimostrarne l'avvenuto pagamento¹⁰⁵.

¹⁰³ Cfr. Cass., S.U., 12 maggio 2008, n. 11656, principio ripreso anche da numerose decisioni del giudice amministrativo. Per tutte v. Cons. stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633: «se durante la fase formativa del contratto la pubblica amministrazione viola quel dovere di lealtà e di correttezza, ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte (anche colposamente, perché non occorre un particolare comportamento di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente) in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale».

¹⁰⁴ Per tutte v., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674.

¹⁰⁵ V. Cons. stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633 per cui «vanno risarcite in particolare le spese inerenti la elaborazione dell'offerta, la progettazione e pianificazione della commessa nella fase precedente alla gara, le spese sostenute per la costituzione dell'associazione temporanea di imprese, le spese sostenute per le polizze fideiussorie e, più in generale, tutte le spese comunque riconducibili

Tale voce di danno, benché poco approfondita dalla dottrina, non sembra, invece, doversi trascurare. Si può infatti ipotizzare che essa sia suscettibile di comprendere, teoricamente, anche danni di ingente entità, quali investimenti compiuti per l'assegnazione dell'appalto (sempre tenuto conto, ovviamente, anche della fase nel corso della quale si è prodotta la scorrettezza dell'amministrazione e che si tratta di una voce idonea a comprendere le spese sostenute in vista della realizzazione dell'appalto stesso e non della realizzazione della gara successiva, solo eventuale)¹⁰⁶.

Va da se che, ciò detto, le voci di danno più problematiche sono, invece quella della perdita di *chance*¹⁰⁷ e della impossibilità di ristoro del mancato guadagno. Quanto alla prima, secondo ormai consolidata giurisprudenza, ai fini del riconoscimento della perdita di *chances*, «non si richiede che il contratto alternativo poi “rinunciato” sia già stato concluso, ed è al contrario sufficiente (anzi è proprio

all'attività svolta per la partecipazione alla gara». I giudici precisano tuttavia che le stesse andranno risarcite solo se l'interessato sia in grado di fornire alla stazione appaltante copia dei pagamenti effettuati per la partecipazione alla gara, non potendosi ritenere sufficiente la mera esibizione della fattura, atteso che essa non dimostra l'avvenuto pagamento e, quindi, l'effettivo sostenimento del costo da rimborsare. Ma vi è di più. Secondo il collegio: «devono essere risarcite anche le spese sostenute per la retribuzione del personale dipendente all'interno della società e le spese generali per il funzionamento struttura aziendale. Invero, anche se tali spese sarebbero state ugualmente sostenute, il danno qui rilevante deriva dal fatto che le società (...) hanno destinato una parte delle loro risorse umane e materiali alla partecipazione alla gara, rinunciando al loro utilizzo in altre attività e sopportando, quindi, un costo-opportunità. Tale danno, non possibile da determinare nel preciso ammontare, può essere stabilito, in via forfettaria ed equitativa, nella misura del 25% dell'importo relativo alle spese sostenute per i c.d. costi vivi affrontati per la predisposizione dell'offerta e la partecipazione alla gara».

¹⁰⁶ In buona sostanza, volendo rimanere sul campo degli esempi, rientrerebbe nell'investimento risarcibile come spesa quello della progettazione dell'opera, non l'acquisto di immobili destinati ad utilizzo nel caso di stipula del contratto, per darvi attuazione.

¹⁰⁷ Sul danno da perdita di *chance* ci si limita a ricordare C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, n. 2, p. 315 e ss : « Entro il cerchio del danno meramente patrimoniale si include anche la c.d. perdita di *chance*. Quando si riferisce a questioni di rilevanza economica, essa infatti non è altro che un modo suggestivo per giustificare il risarcimento di un danno meramente patrimoniale, specificamente connotato dall'essere non certo ma soltanto in un certo grado probabile (ad es., incidente stradale, che impedisce di concludere un affare che si prospettava lucroso); e quando l'interesse violato abbia natura non patrimoniale si configura come il mancato conseguimento di un risultato utile, la cui derivazione causale da una condotta commissiva (l'incidente stradale che impedisce di partecipare a un concorso di bellezza) od omissiva (ad es., mancato intervento di un medico che invece vi era tenuto) è lungi dall'essere certa. Possiamo dire perciò che la perdita di *chance* sul terreno della causalità denota un nesso insufficiente a fondare la responsabilità, sul piano del danno si riferisce a una perdita possibile o anche probabile ma non certa, e sul piano della lesione di una situazione soggettiva ne risulta priva. Questi «non requisiti», quasi per miracolo, si sono convertiti in una nuova fattispecie di responsabilità».

questo il presupposto del danno) che si dimostri che vi era una reale e concreta possibilità di concludere un diverso e fruttuoso contratto e che questo non è stato concluso proprio per effetto dell'affidamento concretamente e seriamente ingenerato dall'aggiudicazione poi indebitamente ritirata dalla stazione appaltante»¹⁰⁸. Tale voce di danno non va inoltre confusa con il danno futuro, ossia un pregiudizio non attuale ma soggetto a ristoro purché certo e altamente probabile e ascrivibile ad una causa efficiente già in atto; viceversa, essa costituisce proprio un danno attuale, perché si identifica con la possibilità di conseguire un risultato utile¹⁰⁹. Al fine della prova dello stesso sarà quindi necessaria la sussistenza di una situazione presupposta, concreta ed idonea a consentire la realizzazione del vantaggio sperato, da valutarsi sulla base di un giudizio prognostico e statistico, fondato sugli elementi di fatto allegati dal danneggiato¹¹⁰. Con riferimento invece alla sua quantificazione, essa deve avvenire su base equitativa, tenendo conto del grado di sviluppo delle trattative e del valore dei contratti "alternativi"¹¹¹.

¹⁰⁸ Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633.

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686, ripresa da molte altre decisioni successive.

¹¹⁰ Cfr. Consiglio Stato, sez. V, 6 giugno 2008 n. 2680, per cui «Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance, è quindi, necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva (nella specie: revoca dell'aggiudicazione) e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto (nella specie: aggiudicazione di altri appalti) e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita (della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta). Tanto precisato, rileva la Sezione, con riferimento al caso in esame, che la società appellante, ancorché onerata, non ha documentato l'esistenza di proprie dichiarazioni di rinuncia alla prosecuzione della partecipazione a gare nelle quali aveva presentato domanda (nel che sarebbe consistita la perdita di alternative occasioni di guadagno), ma solo l'indizione di procedure selettive o, al più, dichiarazioni di rinuncia alla partecipazione ad esse "per impegni in precedenza assunti", in un periodo contestuale a quello in cui si è consumato l'illecito in questione. Sennonché, tale ultima prova si rivela del tutto insufficiente ad attestare, con il dovuto rigore, la perdita di occasioni alternative favorevoli, difettando, in essa, la dimostrazione della concretezza (integrata solo dalla partecipazione ad altre procedure e dal ritiro da esse per l'impegno in questione) delle opportunità contrattuali asseritamente perdute (...).».

¹¹¹ Per un esempio di quantificazione del danno da perdita di *chances* nella responsabilità precontrattuale cfr. Cons. stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633: «In assenza di un criterio legale di determinazione del danno e a fronte della difficoltà di determinare nel suo preciso ammontare questo tipo di pregiudizio patrimoniale, non resta che ricorrere alla valutazione equitativa. A tal proposito, considerate le circostanze e tenuto conto del fatto che quella che viene in considerazione è, comunque, una semplice *chance* contrattuale (sia pure significativa per il livello avanzato cui erano giunte le trattative), e non un contratto alternativo definito e dunque definitivamente "certo", appare equo riconoscere un importo pari al 5% dell'importo del contratto alternativo come sopra determinato», prima definito come «un contratto di importo assimilabile, per importanza, a quello oggetto della gara».

Con riferimento, invece, al mancato conseguimento dell'utile d'impresa, catalogabile anche esso come lucro cessante¹¹², già l'adunanza plenaria n. 6/2005 aveva ricordato come tale voce vada esclusa in quanto riferita al c.d. interesse positivo che, come tale, non può essere risarcito in una fattispecie di responsabilità precontrattuale, ancorata al c.d. interesse negativo¹¹³. Non può essere risarcito, infatti, l'affidamento “nella conclusione nel contratto” bensì quello nel rispetto delle regole comportamentali di correttezza.

Non è invece risarcibile nell'ambito della responsabilità precontrattuale il c.d. danno curriculare¹¹⁴, ossia il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto; tale danno non attiene infatti all'interesse negativo, ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa. Sul punto non è mancata tuttavia qualche decisione in senso contrario¹¹⁵.

¹¹² Non sembra inutile ricordare che il danno emergente comprende le spese che si dimostrino inutilmente sopportate in occasione delle trattative, mentre per il lucro cessante si intende, essenzialmente, il mancato guadagno. Le due componenti caratterizzano sia l'interesse positivo che quello negativo. Sia la perdita di chance che il mancato conseguimento dell'utile sono comunemente definiti come “lucro cessante” ma la prima categoria, essendo una perdita di alternative occasioni di lucro, appare forse qualificabile in modo più opportuno come danno emergente. La perdita non attiene, infatti, all'occasione mancata in sé ma alla chance ossia alla possibilità o meglio probabilità di ottenere quel guadagno, una perdita che è effettiva e già presente nel patrimonio. Sul tema cfr..

¹¹³ Cons. Stato, Ad. Pl., 5 settembre 2005, n.6. Con interesse negativo si intende l'interesse a non essere indotti a partecipare a procedure concorsuali che si realizzino in violazione di regole predefinite, conosciute ed accettate dalle parti (cfr. G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., p. 373). In giurisprudenza v. Cons. stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, per cui il c.d. interesse positivo sono le «utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto», il c.d. interesse negativo, invece, un «interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, a non investire inutilmente tempo e risorse economiche partecipando a trattative (...) destinate poi a rivelarsi del tutto inutili a causa del recesso scorretto della controparte». L'espressione potrebbe tuttavia essere solo intesa come meramente descrittiva, perché non ha alcun valore nella determinazione concreta del danno né nell'individuazione dei criteri per la sua quantificazione (vedi F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Trec.*, XXVII, Roma, 1991, p. 9).

¹¹⁴ Sul danno curriculare cfr. R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010, p. 236 e ss.

¹¹⁵ In senso negativo Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633: «Alla base del riconoscimento di questa ragione risarcitoria sta la consapevolezza che il fatto di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava con il corrispettivo pagatole dalla stazione appaltante), è già fonte per l'impresa di un vantaggio che è economicamente valutabile, perché accresce verso gli altri la sua capacità di competere sul mercato e quindi aumenta le chances di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti. In altri termini, con il risarcimento di questo tipo di danno, la giurisprudenza riconosce

Dal quadro sin qui descritto, la responsabilità precontrattuale sembra, diversamente dall'indennizzo, la fonte per eccellenza di riparazione del danno alla situazione giuridica soggettiva di affidamento, intesa come aspettativa di coerenza e correttezza del comportamento dell'amministrazione nell'ambito di un rapporto contrattuale. Essa, infatti, non si limita a reintegrare in parte il privato secondo un criterio equitativo, ma, al contrario, consente un ripristino dello *status quo ante* nella forma del risarcimento per equivalente, così che tutti, nessun escluso, i possibili danni prodotti a seguito della violazione dell'obbligo di correttezza, se ritualmente dimostrati in sede di giudizio, sono risarciti.

3.4. L'inadeguatezza della responsabilità precontrattuale a costituire il modello generale per il risarcimento del danno all'affidamento

L'evoluzione della responsabilità precontrattuale della p.a. è stata tale da trasformarne lo status e la dignità: da una forma di responsabilità marginale, limitata al rilievo assunto nell'ambito delle trattative private, si è passati ad un modello di tutela generalizzato all'attività antecedente e successiva dell'amministrazione che sia inerente l'operatività ed il perfezionamento del contratto.

Orbene, questa espansione ha raggiunto la sua massima dimensione allorché la giurisprudenza ha ritenuto applicabile la responsabilità precontrattuale al di là del rapporto contrattuale, ogni qual volta il comportamento dell'amministrazione risultasse nel complesso scorretto¹¹⁶ pur se perfettamente legittimo.

che l'interesse all'aggiudicazione di un appalto, nella vita economica di un'impresa, trascende lo stretto interesse all'esecuzione della singola opera in sé e al relativo ricavo. Alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, in effetti, anche nocuenti altri e indiretti, che vanno a toccare l'immagine della società e il suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo segmento di mercato, illegittimamente dichiarate aggiudicatarie della gara. Si tratta di un tipo di danno generato dalla lesione dell'interesse all'aggiudicazione, non dell'interesse negativo a non essere coinvolto in trattative inutili. Ne consegue che non è configurabile una sua risarcibilità nel caso in cui si invochi come titolo risarcitorio, piuttosto che la mancata aggiudicazione, l'arbitrario recesso dalla trattative della stazione appaltante: vale a dire un fatto antecedente rispetto alla mancata aggiudicazione». In senso conforme v. anche Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6406 mentre difforme è Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2014, n. 1323. controllare

¹¹⁶ Cfr. G.M. RACCA, voce *Correttezza (Dir. Amm.)*, in S. Cassese (diretto da) *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, II, 1529 e ss.

Il segno di questo percorso si riscontra in particolare nell'applicazione di questo tipo di responsabilità ogni qual volta il privato sia il beneficiario di un provvedimento a lui favorevole e si veda poi legittimamente annullare lo stesso dalla amministrazione o dal giudice. Si è visto, infatti, già ampiamente, come questo tipo di fattispecie siano quelle in cui per eccellenza matura una situazione giuridica di affidamento, che deve essere sicuramente integrata nel novero degli interessi oggetto di valutazione dall'amministrazione in sede di riesame (quella che si è definita la c.d. tutela ponderativa¹¹⁷). In questi casi la giurisprudenza, avvertendo la necessità di tutelare il privato, ma rendendosi conto che non si poteva trattare di un risarcimento pieno come quello dovuto nel caso in cui ad essere leso è l'interesse al bene della vita, ha cominciato quindi ad appoggiarsi sulla categoria di responsabilità in esame che consentiva di limitare il risarcimento al solo interesse negativo¹¹⁸. Il Consiglio di Stato stesso sposò questa ricostruzione, affermando che la giurisdizione spetta al giudice amministrativo per il tramite della ampia cognizione della giurisdizione esclusiva¹¹⁹.

La responsabilità precontrattuale diventa quindi la forma per eccellenza di tutela dell'affidamento riposto dal privato su una certa condotta dell'amministrazione nello svolgimento di qualsiasi tipo di attività amministrativa, anche non finalizzata alla stipula di un contratto.

Orbene, è chiaro tuttavia quanto ci si allontani dalla *ratio* della responsabilità precontrattuale vera e propria. L'esigenza di una tutela effettiva e piena della sfera giuridica del privato, che lo ristori di tutte le forme di danno è infatti meritevole di plauso e approvazione, ma ha comportato una forzatura di un modello di tutela che evidentemente non nasce in questa ottica, ma in quella del contratto.

Questa consapevolezza ha cominciato a configurarsi nella dottrina, che ha ricordato che: «il parallelismo tra responsabilità precontrattuale e responsabilità della P.A. fa emergere la necessità di ampliare la tutela risarcitoria anche oltre la

¹¹⁷ Cfr., ampiamente, il capitolo II di questo studio.

¹¹⁸ Una sentenza fondamentale che inaugurò questo indirizzo è T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, cit., poi annullata da Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002 n. 6389.

¹¹⁹ Cfr. Cons. Stato, ad. pl., 5 settembre 2005, n.6 (la fattispecie riguarda l'ipotesi di annullamento d'ufficio di un contratto, non di un provvedimento).

responsabilità da provvedimento, valorizzando in particolare l'elemento dell'affidamento, ma lo schema della responsabilità precontrattuale appare troppo rigido e stretto per costituire il modello prevalente delle molteplici ipotesi di responsabilità della P.A., in cui spesso si chiede la tutela di un qualcosa di diverso e di più dal mero interesse a non essere coinvolti in trattative infruttuose o più in generale in rapporti giuridici arrecanti danni in violazione degli obblighi di correttezza o di protezione»¹²⁰. Si cominciò così ad evidenziare come il modello di tutela più adatto per la tutela dell'affidamento nascente da atti o fatti dell'amministrazione al di fuori dell'attività contrattuale fosse quello della tutela aquiliana nel senso proprio del termine, senza ricorrere, in via analogica alla figura della responsabilità precontrattuale¹²¹. Queste istanze sembrano essere state ascoltate negli sviluppi della giurisprudenza degli ultimi anni.

4. La risarcibilità dell'affidamento ai sensi dell'art. 2043 c.c.: il nuovo impulso dato dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 2011

4.1 La violazione della correttezza come fattispecie autonoma di danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.: la decisione della Cassazione

Si è osservato come ben si può manifestare nella realtà concreta il caso di un pubblico potere esercitato in modo perfettamente legittimo ma con un comportamento scorretto. Questa evenienza, che abbiamo visto essere stata riconosciuta *in primis* quanto alla responsabilità precontrattuale, ha portato la giurisprudenza degli ultimi anni ad un ripensamento sul collocamento del danno al legittimo affidamento che si verifichi in un ambito estraneo al contratto configurando una fattispecie di danno extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., nel caso in cui la pubblica amministrazione abbia adottato un comportamento che risulti nel

¹²⁰ R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 710.

¹²¹ *Ibidem*.

complesso scorretto e lesivo di una aspettativa meritevole di tutela del privato, a prescindere dalla legittimità o meno del suo operato.

E' questo il caso oggetto dello storico parto plurigemellare delle Sezioni Unite, manifestatasi nelle tre con tre ordinanze sorelle (numeri 6594, 6595 e 6596 del 23 marzo 2011)¹²², che ha aperto la strada ad una forma nuova ed autonoma di danno da comportamento scorretto, in cui la violazione del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione è ricondotto nella violazione di un dovere generale di comportamento, il *neminem laedere*, cui è tenuta anche l'amministrazione come qualunque altro privato. Secondo la Cassazione, una volta intervenuto legittimamente l'annullamento della concessione edilizia, d'ufficio o in via giurisdizionale¹²³, può rilevare esclusivamente una diversa situazione, sulla quale fondare il risarcimento del danno: «si ha soltanto che il provvedimento che aveva concesso il diritto ad edificare e che, perché illegittimo, legittimamente è stato posto nel nulla e che non rileva, quindi, più come provvedimento che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto, continua a rilevare per il proprietario del fondo o il titolare di altro diritto, che lo abilita a costruire sul fondo, esclusivamente quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento (avendo questo il diritto di fare affidamento sulla

¹²² La prima ordinanza riguarda la richiesta di risarcimento dei danni per aver confidato il ricorrente nell'apparente legittimità di una concessione edilizia successivamente annullata, in via di autotutela, dalla pubblica amministrazione. Il ricorrente aveva già dato inizio ai lavori per la realizzazione degli immobili. La seconda ordinanza concerne il caso affine di una domanda di risarcimento danni proposta da alcuni soggetti che avevano acquisito un fondo da una società immobiliare sulla base di un certificato comunale di destinazione urbanistica attestante la piena proprietà del fondo in capo alla società, la libertà del fondo da pesi e altri oneri e la sua edificabilità. Conseguenzialmente agli acquirenti veniva rilasciata apposita concessione edilizia e questi iniziavano i lavori. Se non che, le valutazioni compiute dall'amministrazione si rivelavano poi errate e la concessione edilizia, sulla quale, anche qui, era già stata iniziata la costruzione dell'immobile, veniva annullata dal giudice amministrativo, che ne aveva acclarato l'illegittimità. La terza ordinanza ha ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno proposta da un aggiudicatario di una gara per l'affidamento di un servizio di ristorazione scolastica, successivamente annullata in quanto illegittima, quando già si era avviato il servizio di ristorazione, dal giudice amministrativo.

¹²³ Ciò avverrà su ricorso di un altro soggetto che sia insorto contro detto provvedimento, il quale, «in quanto portatore di un interesse oppositivo all'annullamento dell'atto può chiedere dinanzi al medesimo giudice amministrativo sia la tutela demolitoria che la correlata tutela risarcitoria» (Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6594).

legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di poter legittimamente procedere alla edificazione del fondo»¹²⁴.

Alla luce di quanto sopra, la Corte deduce che la tutela risarcitoria fondata sull'affidamento non può essere attratta nell'ambito di applicazione della giurisdizione del giudice amministrativo: né in sede di legittimità, stante la consistenza di diritto soggettivo della situazione fatta valere; né in quella esclusiva, poiché «viene in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza»¹²⁵. Essa spetta, pertanto, al giudice ordinario.

4.2 (segue...) Il detto e non detto delle Sezioni Unite

Secondo questa nuova configurazione il danno all'affidamento segue, dunque, gli ordinari requisiti strutturali che caratterizzano la responsabilità extracontrattuale: la presenza di un fatto lesivo imputabile all'amministrazione; la circostanza che dallo stesso si sia prodotto un danno in capo al privato, quindi una perdita nel suo

¹²⁴ Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6594.

¹²⁵ *Ibidem*. Le altre due ordinanze ribadiscono tale ricostruzione della fattispecie. In senso analogo Corte Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6595, per cui «il provvedimento che aveva concesso il diritto ad edificare e che, perché illegittimo, è stato legittimamente posto nel nulla, rileva per il titolare dello ius aedificandi esclusivamente quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 cod. civ., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto, con la sua apparente legittimità, ingenerato nel destinatario l'incolpevole convincimento (fondato sull'affidamento in ordine alla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di potere legittimamente procedere all'edificazione». In modo affine, Corte Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6595: «l'esigenza di ottenere un risarcimento - e solo esso - (...) derivata dall'emanazione del provvedimento, ma dall'affidamento da esso ingenerato, com'è d'altro canto dimostrato dal fatto che la (...) non si è certo lamentata dell'aggiudicazione né ha chiesto al giudice ordinario di accertarne la illegittimità (che, semmai, aveva interesse a contestare nel precedente giudizio amministrativo), ma si è limitata ad imputare al Comune (...) di averla indotta a sostenere delle spese nel ragionevole convincimento della prosecuzione del rapporto fino alla scadenza del termine quadriennale previsto dal contratto stipulato a seguito della gara».

patrimonio giuridico; che tra il danno e il fatto lesivo vi sia un nesso di causalità; che tale danno sia ingiusto, ossia costituisca la lesione di una situazione soggettiva meritevole di tutela (nel caso di specie un affidamento apprezzabile); l'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione. Grande assente è dunque l'illegittimità del provvedimento, che caratterizza invece la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'interesse legittimo oppositivo o pretensivo, allorquando al privato spetti il bene della vita su cui incide l'azione amministrativa¹²⁶.

Quanto invece al *quantum* del risarcimento del danno nel caso della nuova fattispecie autonoma di danno in esame, avendo potuto già osservare come ad oggi la responsabilità precontrattuale sia sostanzialmente inquadrata nella categoria extracontrattuale, sembra potersi pacificamente affermare sia quello già definito in relazione alla responsabilità precontrattuale. E' infatti chiaro che, pur configurandosi un diritto soggettivo alla libera determinazione economica, sganciato dal contratto ed autonomo, il risarcimento del danno sia, anche in questo caso, limitato all'interesse negativo e non a quello positivo. Si deve, cioè, escludere che la parte che subisce il danno da lesione dell'affidamento possa ottenere un risarcimento commisurato ai vantaggi che avrebbe ottenuto se la sua pretesa sostanziale fosse stata soddisfatta dalla p.a. (per intendersi, ad esempio, i vantaggi derivanti dal rilascio di un permesso di costruire illegittimo e poi ritirato in modo "scorretto" ma legittimo): si è più volte detto che l'affidamento nulla ha che vedere con l'interesse legittimo pretensivo nei confronti del potere esercitato. Il privato avrà, quindi, diritto sempre al solo risarcimento dell'interesse negativo, che in questo caso si configura non tanto come un interesse a non vedersi coinvolgere in trattative inutili, quanto piuttosto in un interesse a non essere coinvolto in un procedimento inutile che sarà poi censurato, dal giudice o dalla stessa amministrazione, perché illegittimo. Se, allora, si sanziona sempre il diritto ad essere trattato correttamente, sia pure al di fuori del contratto ma nell'ambito di un procedimento amministrativo, anche il danno dovrà essere corrisposto non in relazione alle norme a disciplina dello stesso ma all'osservanza, mancata, di un comportamento che possiamo definire corretto ossia coerente,

¹²⁶ Si rinvia alle considerazioni di cui alla nota 82.

diligente, collaborativo, corrispondente al vero e quanto altro sia necessario per acquisire tale qualifica.

Passando invece al *decisum* in sede di giurisdizione, appare un dato di fatto la radicale “disgiunzione” compiuta dalla Cassazione rispetto alla risposta data dal Consiglio di Stato, qualche anno fa, sulla individuazione del giudice competente sul danno all'affidamento in caso di responsabilità precontrattuale e giurisdizione esclusiva. Secondo quest'ultimo, infatti, la previsione di una giurisdizione esclusiva in materia di contratti pubblici fa sì che al giudice amministrativo venga demandata, «dopo la caducazione degli atti della fase pubblicistica che hanno costituito in capo all'interessato effetti vantaggiosi (dall'ammissione alla procedura all'aggiudicazione del contratto)», «la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno»¹²⁷. Al g.a. è quindi riconosciuta la possibilità di conoscere del danno all'affidamento, anche in presenza di un'attività amministrativa legittima.

Rimane così da capire in che modo coordinare la diversa presa di posizione della Cassazione, che comporta la necessità di sciogliere un nodo essenziale: il nuovo criterio riguarda implicitamente anche il caso della responsabilità precontrattuale o, viceversa, si limita al danno di cui all'art. 2043 c.c.¹²⁸? Delle due l'una, il danno da lesione dell'affidamento derivante da un scorrettezza comportamentale nella fase delle trattative rientra nella giurisdizione del g.a., quella compiuta al di fuori di queste in quella del g.o; o l'altra, per cui entrambe le ipotesi sono ormai escluse dalla cognizione del giudice del potere amministrativo¹²⁹ a favore di quello ordinario.

¹²⁷ Cons. Stato, ad. pl., 5 settembre 2005, n.6. V. anche successivamente Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245 che ricorda: «l'elemento decisivo per l'attribuzione della controversia avente ad oggetto una domanda risarcitoria precontrattuale alla cognizione del giudice amministrativo è stato individuato nella circostanza che quest'ultimo, nella materia sottostante, sia munito di giurisdizione esclusiva e che la tutela dei diritti soggettivi azionati sia connessa in via immeditata e diretta all'esercizio di funzione pubblica».

¹²⁸ L'ordinanza n. 6596 del 23 marzo 2011 ha in realtà ad oggetto la materia dei contratti pubblici ma al di là della responsabilità precontrattuale. Essa concerne infatti la richiesta di risarcimento del danno proposta da un aggiudicatario di una gara per l'affidamento di un servizio di ristorazione scolastica, successivamente annullata in quanto illegittima dal giudice amministrativo, quando già si era avviato il servizio di ristorazione, dunque in fase di esecuzione.

¹²⁹ «Il giudice amministrativo è organo di tutela della giustizia nell'amministrazione e non già giudice dell'amministrazione» (Corte Cost. 204/2004).

Orbene, si vedrà, a breve, che soluzione paia offrire la giurisprudenza successiva alla decisione.

Non si può, invece, non prendere atto, in conclusione, del benefico e definitivo riconoscimento del dovere di correttezza come una norma di comportamento cui anche l'amministrazione deve improntare la sua condotta. Da ciò derivano una serie di corollari: la violazione di questo dovere è anche per la pubblica amministrazione fonte di conseguenze in termini di danno e responsabilità; tale regola non si distingue da quella che opera per qualunque altro soggetto di diritto e nulla ha che vedere con le norme di validità che regolano il potere amministrativo (e di cui è giudice il giudice amministrativo); ben può esservi un'attività amministrativa legittima ma illecita, poiché la stessa è, al contempo, "esercizio del potere", conforme a diritto, ossia legittimo, e "comportamento", contrario alle comuni regole di condotta, quindi illecito.

4.3 I profili problematici: la natura giuridica della situazione giuridica soggettiva di affidamento e le sue conseguenze... un nuovo caso di conflitto tra giurisdizioni?

4.3.1 *Il dibattito dottrinario*

La decisione sopra ricordata ha dato adito, come prevedibile, ad un folto brusio, in cui le voci critiche e le perplessità non sono mancate. Di tale dibattito si tenterà qui di individuare il nodo essenziale, attorno cui ruotano alcune delle possibili prospettazioni della vicenda, nell'impossibilità di un'esposizione completa, e soprattutto adeguata, di tutti i punti di vista espressi in dottrina¹³⁰.

¹³⁰ Per tutti ci si limita a ricordare i commenti di A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1218; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen., 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS.UU., 23 marzo 2011 n. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.federalismi.it; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2011, 896 ss.; A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corriere giuridico*, n. 28/2011, Vol. 28, 7, p. 933; G. D. COMPORI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. It.*, n.

Il vero punto cruciale dell'intera diatriba appare quello di stabilire se la lesione all'affidamento maturato nel privato cittadino sia, effettivamente, del tutto "sganciata" dall'esercizio del potere amministrativo. Si tratta, cioè, di capire se il comportamento dell'amministrazione produttivo di danno sia riconducibile, nel suo complesso, ai c.d. meri comportamenti o a quelli espressivi di potere, secondo la distinzione formulata dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla storica decisione 204/2004 e successiva evoluzione¹³¹.

1/2012, p. 194; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro It.*, n. 9/2011, p. 2398; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 5, 2011; S.R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. app.*, 2011 915.

¹³¹ Come noto, il problema dei comportamenti più o meno espressivi di potere è questione che si è posta in particolare al fine di determinare i limiti di conformità a Costituzione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva previste dalla legge. Tali casi straordinari, in cui il giudice amministrativo è competente a giudicare sia della lesione dell'interesse legittimo che del diritto soggettivo, sono infatti frutto di un meccanismo di riparto preesistente alla Costituzione, che nella stessa ha trovato definitiva consacrazione purché ricorrano "specifiche circostanze". La Corte Costituzionale, con la storica decisione del 6 luglio 2004 n. 204, ha chiarito che l'art. 103 della Costituzione, laddove statuisce che le materie oggetto di giurisdizione esclusiva devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, ha disposto che esse «devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo». Ne consegue che «il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità». In questo senso, con successive decisioni, la Corte ha precisato che nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è richiesto che l'amministrazione agisca come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, il che può verificarsi anche mediante comportamenti «purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio» (tale ultimo caso spetta, viceversa, alla giurisdizione del giudice ordinario) (Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35, ma v. anche, prima, la sentenza 11 maggio 2006, n. 191). Questa conclusione è stata fatta propria dal legislatore il quale, all'art. 7 del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010), dispone che sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e «nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni». La stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 35/2010 ha, tuttavia, apertamente, affermato che «se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi». Autorevole dottrina ha dunque ricordato come dall'atteggiamento iniziale del 2006, molto rigoroso nell'individuazione dei limiti alla giurisdizione esclusiva, la Corte Costituzionale, si sia evoluta negli ultimi tempi verso una maggiore flessibilità con la previsione esplicita della possibilità che il giudice amministrativo sia competente anche in relazione ai soli diritti soggettivi - caso che si affianca ad altre ipotesi in cui ciò da sempre accade come la materia elettorale,

Dalla individuazione della natura della situazione giuridica soggettiva deriva poi l'individuazione del giudice competente: nel caso si tratti di un interesse legittimo l'ipotesi da vagliare è che esso ricada nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo; nel caso sia ricostruito in termini di diritto soggettivo, rimane la strada della giurisdizione esclusiva dello stesso¹³².

Secondo una prima "scuola di pensiero"¹³³, la lesione alla situazione di affidamento è comunque riconducibile al potere amministrativo, di cui costituisce pur sempre espressione, con conseguente attribuzione, quanto meno, della giurisdizione di legittimità¹³⁴.

In questo senso, oltre a ritenere che il danno cagionato dalla scorrettezza sia pur sempre espressione di un potere autoritativo da parte della pubblica amministrazione, si è sottolineato come, a livello pratico, la soluzione di una "doppia" giurisdizione sia foriera di possibili rischi di contrasto tra giudicati, atteso

le diverse materie sulle sanzioni amministrative e la stessa materia della formazione dei contratti di evidenza pubblica, ove la ricostruzione delle situazioni soggettive come interessi legittimi sarebbe "frutto di una convenzione tratatizia" (F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2012, pag. 371). Sul tema, ci si limita a rinviare a O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417 ss; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I-II, Padova, 2000/2001.

¹³² Come noto ai sensi dell'art. 30 c.p.a., davanti al giudice amministrativo: «può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria»; «nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi».

¹³³ Fortemente perplessi appaiono, tra i tanti, M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, cit.; R. DIPACE, *La difficoltà di liberalizzare*, cit.; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, cit.; , in *www.diritto-amministrativo.org*, 9 maggio 2014, p. 9; F. CARINGELLA, *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 142 e ss. Quest'ultimo, tra le numerose critiche, sottolinea, come «appare difficile negare che il danno da provvedimento illegittimo favorevole discenda comunque dall'esercizio scorretto del potere da parte della p.a.», aggiungendo che «la tutela risarcitoria in presenza di un cattivo esercizio del potere da parte della p.a. ha ad oggetto una posizione di interesse legittimo, che viene leso non dall'atto favorevole, ma dal comportamento complessivamente serbato dalla p.a.».

¹³⁴ In questo senso M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, cit., per cui «il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico e coerentemente la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materia di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo: tanto più se esso ha già conosciuto in sede cognitoria della sua legittimità (su ricorso del terzo leso nel suo interesse oppositivo o del destinatario leso dal suo annullamento d'ufficio)».

che «l'azione risarcitoria del terzo danneggiato dal medesimo provvedimento amministrativo illegittimo dovrebbe essere esperita dinanzi al giudice amministrativo in quanto il danno subito dal terzo sarebbe conseguenza diretta del provvedimento illegittimo», con la conseguenza paradossale che «una stessa fattispecie venga conosciuta da due giudici differenti a seconda del soggetto che propone la domanda»¹³⁵.

Sempre nell'ambito di questo indirizzo critico verso la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, vi è stato tuttavia chi ha distinto l'ipotesi in cui il danno all'affidamento maturi in un caso di giurisdizione esclusiva da quella di legittimità. Nel primo caso, infatti, la lesione dell'affidamento, come lesione di un diritto, «non sembrerebbe idonea a spostare la giurisdizione dal giudice del rapporto amministrativo al giudice ordinario, come se la lesione fosse avvenuta in forza di un comportamento scollegato dall'esercizio del potere: questo rilascio illegittimo di un medesimo provvedimento che nei confronti di un soggetto gioca come espressione di potere autoritativo e nei confronti di un altro come mero fatto nell'ambito dello stesso rapporto a tre lascia, per la verità, perplessi»¹³⁶. Viceversa, è «più difficile addivenire alla soluzione della concentrazione al di fuori della giurisdizione esclusiva», posto che «se si costruisce l'affidamento come diritto soggettivo, il richiamo al principio di concentrazione probabilmente non è sufficiente a radicare la giurisdizione nel giudice amministrativo; anche se, anche in questo caso, il risarcimento segue all'acclarata illegittimità di un provvedimento amministrativo, in qualche modo plurioffensivo»¹³⁷. Sarebbe qui necessario, invece, configurare l'affidamento come un interesse legittimo, ipotesi tuttavia solo ipotizzata e sulla

¹³⁵ R. DIPACE, *La difficoltà di liberalizzare*, in www.diritto-amministrativo.org, 9 maggio 2014, p. 9. Anche F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, *cit.*, sottolinea le complesse implicazioni processuali della vicenda, domandandosi, tra l'altro, quale valore acquisti il giudicato di annullamento del giudice amministrativo; se operi tra le parti un eventuale giudicato di rigetto nel caso di impugnazione dal beneficiario dell'annullamento in autotutela; se la parte che subisca l'impugnazione della concessione possa, oltre che resistere, nella qualità di controinteressato, richiedere in quel giudizio i danni da lesione dell'affidamento alla pubblica amministrazione in caso di annullamento del provvedimento a lei favorevole.

¹³⁶ F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, *cit.*

¹³⁷ *Ibidem*.

quale l'autore non prende posizione, ricordando come «la soluzione dei casi in rassegna è opinabile»¹³⁸.

Una posizione “*sui generis*” è quella compiuta da altra voce dottrina la quale ha cercato di dimostrare come l'affidamento possa qualificarsi come un interesse legittimo alla legittimità dell'azione amministrativa, con conseguente cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità¹³⁹. Ribadendo il legame con il potere, per cui «all'origine dell'affidamento vi è un “provvedimento” e poco importa che questo sia stato annullato, così come poco importa che si sia trattato di un provvedimento illegittimo “favorevole”», si è formulata una nozione di interesse legittimo ampia, comprensiva di molte sfaccettature, come l'interesse a che il provvedimento sia emanato entro una certa durata temporale. Si è, allora, detto che «l'interesse legittimo, in questo caso, dovrà ritenersi comprensivo, tra l'altro, anche dell'interesse a che il provvedimento amministrativo sia legittimo, anche qualora su tratti di un provvedimento favorevole». In buona sostanza, quella che si configura, è la configurazione dell'interesse legittimo come pretesa al corretto svolgimento dell'azione amministrativa, mediante un'azione tempestiva e legittima, sia favorevole o non il provvedimento con essa si esercita. Tale prospettazione si affianca ad una ricostruzione dell'intera vicenda come figura di cattivo esercizio della funzione: «l'amministrazione ha malamente vagliato i presupposti pubblicistici del proprio agire ingenerando incolpevole affidamento con un provvedimento favorevole»¹⁴⁰.

Ancora, la dottrina ha criticato la ricostruzione della lesione della situazione giuridica di affidamento in termini di responsabilità extracontrattuale a favore di quella contrattuale per inadempimento di un'obbligazione preesistente. Apparirebbe infatti «quanto mai sfocata, in una situazione relazionale così peculiare e intensa,

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, cit.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

l'evocazione del modello della violazione del dovere generico del *neminem laedere*¹⁴¹.

Non è mancato, infine, chi ha “aderito”¹⁴² alle Sezioni Unite, ritenendo presente sia la qualifica di diritto soggettivo, che la giurisdizione del giudice ordinario. Si è infatti individuato un “diritto soggettivo al legittimo affidamento”, definito come “diritto alla libera determinazione nello svolgimento delle attività, negoziali o materiali, relative al patrimonio”, sottolineando come la dinamica di esercizio del potere da cui deriva la lesione all'affidamento rilevi quale come mero comportamento e come non sia invece possibile ricondurre tale posizione ad un interesse legittimo¹⁴³. Si è, quindi, esclusa la giurisdizione esclusiva del g.a., sia con riferimento alla materia edilizia che a quella dei contratti pubblici, poiché entrambe non comprendenti i meri comportamenti lesivi di diritti soggettivi¹⁴⁴.

Sempre in senso adesivo, si è condivisa la scelta compiuta in sede di riparto di giurisdizione dalle Sezioni Unite, sottolineandosi come essa sia correttamente discontinua rispetto all'orientamento, errato e diffuso negli ultimi tempi, per cui sarebbe sufficiente, ai fini del radicamento della giurisdizione esclusiva del g.a., il mero dato del collegamento dell'oggetto della controversia con le materie indicate dalle legge. Tale indirizzo è infatti contrario a quanto disposto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004, posto che nei casi in esame «la tutela

¹⁴¹ C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, n. 9, p. 1749 e ss.

¹⁴² Espressione da intendere in senso atecnico, posto che l'autore condivide le conclusioni cui giunge la Cassazione ma lo fa a seguito di un percorso logico personale, sottolineando la presenza di alcune criticità nella motivazione delle Sezioni Unite.

¹⁴³ Cfr. R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., per cui « il provvedimento amministrativo illegittimo, con cui è stata rilasciata la concessione edilizia o aggiudicato l'appalto, a fronte del quale sussiste una posizione di interesse legittimo (pretensivo), e favorevole al danneggiato e non può quindi determinare alcun danno nella sua sfera giuridica; il provvedimento di annullamento d'ufficio, adottato in una delle tre controversie, a fronte del quale parimenti sussiste una posizione di interesse legittimo (oppositivo), e legittimo in quanto la relativa impugnazione giurisdizionale è stata respinta, sicché il danno provocato non è ingiusto e non è risarcibile».

¹⁴⁴ Tale dottrina, con riferimento alla sopra ricordata esclusione, ritiene non corretta la inclusione dell'azione risarcitoria suddetta né nell'art. 133, lett.f), c.p.a. (materia edilizia), per cui è chiaramente esclusa, ma neanche in via interpretativa nell'ipotesi apparentemente più dubbia dell'art. 133 lett. e) (materia dei contratti pubblici) (R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.).

risarcitoria non assume il carattere di completamento della tutela demolitoria»¹⁴⁵. Il nuovo orientamento della Suprema Corte, quindi, «va valutato con favore, in esso intravedendosi un freno alla retorica della concentrazione della tutela “a senso unico” che talora ha caratterizzato alcuni arresti della giurisprudenza»¹⁴⁶.

Infine, la soluzione convince anche altra dottrina, la quale ha sottolineato come la perimetrazione compiuta tra giudice ordinario e giudice amministrativo, oltre che condivisibile, sia anche “costituzionalmente imposta” e come la decisione produca un effetto di maggiore responsabilizzazione dell’operato del pubblico agire, soprattutto nel dialogo con quelle posizioni soggettive caratterizzate *ab initio* quali interessi legittimi pretensivi¹⁴⁷.

4.3.2 *Gli orientamenti della giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite del 2011*

Il trittico di ordinanze in esame ha agitato le acque anche della giurisprudenza. Se è apparsa qualche rara decisione, sia del giudice ordinario¹⁴⁸ che di quello amministrativo, a dire il vero esclusivamente il T.A.R. Toscana¹⁴⁹, che senza grandi difficoltà hanno fatto proprie le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite nel 2011, altri collegi giudicanti hanno invece mostrato una certa insofferenza ad adattarsi a quel criterio, disattendendolo oppure manifestando critiche più o meno celate.

¹⁴⁵ A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, cit., p. 1217 e ss.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ L. D’ANGELO, *Le Sezioni Unite scrivono un nuovo capitolo sull’illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*, in *Giust. civ.*, 2011, n. 10, p. 2321 e ss.

¹⁴⁸ Cfr. Cass., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, cit., che si riporta pedissequamente a quanto stabilito dalle tre ordinanze in punto di giurisdizione, sottolineando come ciò si sia «esattamente rilevato».

¹⁴⁹ Per tutte cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, 28 agosto 2012, n. 1487, la quale dopo aver riportato testualmente alcuni passaggi chiave delle ordinanze delle Sezioni Unite, dichiara inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, appartenendo la stessa al giudice ordinario.

In aperto contrasto, sono apparse *in primis* alcune decisioni del giudice amministrativo in primo grado. Così il T.A.R. Abruzzo, che prendendo atto della decisione delle Sezioni Unite e non condividendola, dichiara sussistente la propria giurisdizione sulla domanda di risarcimento danni per le lesioni dell'affidamento ingenerato da un permesso di costruire poi annullato¹⁵⁰. Secondo lo stesso «la responsabilità dell'Amministrazione è strettamente ed intimamente collegata ad una attività provvedimentale, cioè al rilascio di un titolo all'edificazione, che si è poi successivamente accertato essere illegittimo»¹⁵¹.

In senso analogo, sempre in materia edilizia, il T.A.R. Sicilia¹⁵²: anche esso non sposa l'indirizzo suddetto, ricordando come «la condotta dell'Amministrazione comunale integra gli estremi di un atto illecito per violazione dei principi di buona fede e correttezza riconducibile all'esercizio della funzione pubblica (artt. 1337 e 1175 c.c.)»¹⁵³.

¹⁵⁰ T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 giugno 2012, n. 312.

¹⁵¹ Nel giudizio, che riguardava la materia edilizia, il ricorrente chiedeva in via subordinata rispetto all'illegittimità dell'atto impugnato, ove lo stesso fosse stato ritenuto legittimo, il risarcimento dei danni subiti per avere l'Amministrazione ingenerato nella ricorrente, con il rilascio di titolo edilizio poi ritenuto illegittimo, l'incolpevole convincimento di poter legittimamente procedere all'edificazione del fondo. Accertata la legittimità dell'annullamento d'ufficio, il collegio affrontava quindi la seconda richiesta, premettendo che relativamente alla stessa vi è la giurisdizione del g.a. sulla scorta di varie osservazioni: «invero, la responsabilità dell'Amministrazione è strettamente ed intimamente collegata ad una attività provvedimentale, cioè al rilascio di un titolo all'edificazione, che si è poi successivamente accertato essere illegittimo»; «né appaiono al riguardo convincenti le osservazioni formulate dal Giudice della giurisdizione, che ritiene al riguardo sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la pretesa risarcitoria sarebbe fondata sull'affidamento e che il danno prescinderebbe da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico "fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la p.a., come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza" e che "la possibilità di questa sola e, quindi, autonoma tutela porta ad escludere sia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia quella generale di legittimità, stante la consistenza di diritto soggettivo della situazione, nel caso di specie, fatta valere" (Cass. Civ., SS.UU., 23 marzo 2011, n. 6594)»; «ritiene, invero, il Collegio che la richiesta risarcitoria contenuta nel ricorso ora all'esame rientri nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133, n. 1, lettera f), del codice del processo amministrativo, in quanto tale richiesta è connessa all'esercizio illegittimo di un potere pubblico in materia di uso del territorio (cioè al rilascio di un titolo edilizio illegittimo)» (T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 giugno 2012, n. 312).

¹⁵² T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 2 agosto 2012, n. 1751.

¹⁵³ «Per quanto qui di interesse, non condivide peraltro il Collegio l'orientamento espresso dalle s.u. della Cass. (v. ord. 23 marzo 2011, n. 6594, 6595 e 6596), secondo cui (...) Invero, nel caso di specie la controversia (ad un tempo demolitoria e risarcitoria) deve essere devoluta alla giurisdizione del g.a., posto che la condotta dell'Amministrazione comunale integra gli estremi di un atto illecito per violazione dei principi di buona fede e correttezza riconducibile all'esercizio della funzione pubblica

Sempre in senso contrario il T.A.R. Campania, il quale, tuttavia, sembra aver dato un'interpretazione restrittiva al disposto della Cassazione¹⁵⁴, posto che ha, implicitamente, ritenuto che il nuovo criterio non si applichi alla responsabilità precontrattuale. Questo, per lo meno, è dato intendere dalla circostanza che i giudici di prime cure non nominino neanche le tre ordinanze del 2011, affermando, al contrario, che la domanda avente ad oggetto il ristoro della lesione della posizione soggettiva inerente l'affidamento ingenerato nel privato, circa l'osservanza da parte della pubblica amministrazione del dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza durante le trattative, «rientra pacificamente nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»¹⁵⁵.

Nel settore, invece, del pubblico impiego privatizzato, il T.A.R. Calabria ritiene applicabile il criterio di riparto in questione, sottolineando però come ciò derivi dalla circostanza che si tratti di una giurisdizione di legittimità, mentre tale esito sarebbe stato discutibile se si fosse posto un caso riconducibile alla giurisdizione esclusiva¹⁵⁶.

(artt. 1337 e 1175 c.c.), per avere il Comune (...) ingenerato colpevolmente nella ricorrente il convincimento di poter ottenere il rilascio della concessione edilizia. Sul punto vale la pena richiamare la lettura evolutiva degli obblighi di buona fede cui sono chiamate le parti del rapporto, la cui violazione non dà luogo a fenomeni di invalidità del negozio stipulato (v. Cass. civ., s.u., 17 dicembre 2007, n. 26724)» (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 2 agosto 2012, n. 1751).

¹⁵⁴ Sui problemi di coordinamento tra il criterio di riparto individuato dalla Cassazione del 2011 e quello, a favore della giurisdizione esclusiva del g.a., fino a quel momento vigente nel caso di responsabilità precontrattuale, si rinvia al precedente par. 4.2. di questo capitolo.

¹⁵⁵ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 03 ottobre 2012, n. 4017; in senso analogo, 5 aprile 2012, n. 1646 (tale ultima sentenza è appellata e decisa dal Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831, il quale tuttavia non si pronuncia, per difetto di gravame, sul punto dell'appartenenza della controversia alla giurisdizione amministrativa).

¹⁵⁶ Il collegio, con riferimento al caso di un soggetto che, dopo aver conseguito l'assunzione ai pubblici impieghi presso una PA in forza di un concorso cui ha preso parte, subisca poi la perdita del bene della vita così conseguito in ragione dell'avvenuto annullamento in sede giurisdizionale (o in sede di autotutela) della graduatoria che gli attribuiva la posizione di vantaggio, afferma che, «traendo dalla fattispecie presa in esame dalle Sezioni Unite il corrispondente principio di diritto», «costui non può agire in via risarcitoria avanti al giudice amministrativo». Infatti, «la situazione di colui che, in forza di un interesse pretensivo (come quello inerente la partecipazione ad un concorso pubblico) consegua, tramite il necessario provvedimento amministrativo, il bene della vita cui aspirava, e poi, a causa dell'illegittimità del medesimo provvedimento amministrativo, perde tale disponibilità, non ha tutela giuridica nei termini di risarcimento del danno dell'interesse legittimo di fronte al giudice amministrativo, perché la posizione di vantaggio che viene a mancare era scaturita da un'azione amministrativa idonea a produrla». Invece, quanto al profilo dell'ingiusta lesione dell'aspettativa, «il provvedimento illegittimo, mentre (essendo stato posto nel nulla) non ha più effetto ampliativo, continua a rilevare esclusivamente quale mero comportamento degli organi che lo hanno adottato, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito, per violazione del principio del

Passando, invece, in rassegna la giurisprudenza del Consiglio di Stato, non pare qui possibile ravvisarsi una presa di posizione diretta in senso contrario alle Sezioni unite ma solo l'espressione di qualche dubbio in merito, anche perché le sentenze che se ne occupano, alcune delle quali adottate proprio in relazione ai giudizi sopra ricordati, non sono, ad oggi, molte.

In primis secondo Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2013, n. 4059, che riguarda il caso sopra esaminato in primo grado dell'impiego pubblico privatizzato, condiviso tra l'altro da successive decisioni aventi ad oggetto casi analoghi¹⁵⁷, sono fondate le perplessità formulate dal T.A.R. Calabria. L'orientamento delle Sezioni Unite del 2011 è «discutibile in via generale, in quanto apparentemente in contrasto con quanto statuito dalla Corte Costituzionale con sentenza 5 febbraio 2010, n. 35 e con lo stesso art. 7 c.p.a., che afferma la sottoposizione al Giudice Amministrativo delle controversie in cui venga in rilievo anche mediamente l'esercizio di poteri pubblicistici»¹⁵⁸.

neminem laedere, imputabile alla pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento (avendo questo il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di poter legittimamente fruire del bene della vita che ne formava oggetto (nel caso esaminato dalla Cassazione alla edificazione del fondo; nel caso sottoposto al Collegio l'assunzione presso un'amministrazione pubblica)». Lo stesso collegio precisa, tuttavia, che tale soluzione si presta ad obiezioni critiche quanto al rapporto con la giurisdizione esclusiva del g.a.» ma «nell'odierna vicenda contenziosa il tema non ha luogo ad essere approfondito, in quanto l'annullamento del concorso è stato disposto nella sede giurisdizionale generale di legittimità».

¹⁵⁷ La decisione è stata richiamata dalla successiva Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 165, in cui il collegio, per un caso simile a quello deciso del 2013, si è riportato testualmente al *decisum* della sentenza antecedente.

¹⁵⁸ «Con riferimento alle domande risarcitorie valgono le stesse argomentazioni di principio, cui si deve aggiungere la considerazione, ben espressa e motivata nella sentenza del TAR, secondo la quale, come emerge dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. Un., 23 marzo 2011, nn. 6594 e 6595), in tema di risarcimento per lesione di affidamento generato nel privato dalla legittimità di atti amministrativi di cui quest'ultimo sia beneficiario e che poi sono annullati, in sede giurisdizionale o anche in autotutela, tale domanda appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto tale giudizio si incentra sulla violazione del dovere del "neminem laedere", che prescinde dalla natura pubblica o privata dell'agente e della sua attività, e per questo non giustifica la concentrazione della tutela risarcitoria di fronte al giudice dell'annullamento. Tale orientamento, benché discutibile in via generale, in quanto apparentemente in contrasto con quanto statuito dalla Corte Costituzionale con sentenza 5 febbraio 2010, n. 35 e con lo stesso art. 7 c.p.a., che afferma la sottoposizione al Giudice Amministrativo delle controversie in cui venga in rilievo anche mediamente l'esercizio di poteri pubblicistici, non trova ostacoli ad applicarsi al caso di specie, ove come si è già detto, la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di impiego pubblico privatizzato è una giurisdizione di sola legittimità e non è materia di giurisdizione esclusiva ove, semmai, possono presentarsi i dubbi ermeneutici sopra sintetizzati» (Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2013, n. 4059).

Interessante sul punto è anche un'altra sentenza del Consiglio di Stato, la quale va a "sfiorare" la questione in esame. Il giudice di primo grado aveva accertato la sussistenza di una responsabilità precontrattuale in ordine alla mancata stipulazione di una convenzione in materia di beni culturali (qualificata in termini di concessione di servizio pubblico), procedendo alla relativa quantificazione del danno¹⁵⁹. Il capo della sentenza che riteneva sussistere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non veniva, tuttavia, impugnato. Il Consiglio di Stato, condivisa la sussistenza della responsabilità precontrattuale, ci tiene tuttavia ad aggiungere che la mancata pronuncia sul punto di giurisdizione deriva dalla sopra ricordata non impugnazione e che, quindi, sul punto della giurisdizione, si è ormai formato il giudicato implicito e questo «va precisato», «anche in ragione del fatto che le appena citate ordinanze delle Sezioni Unite n. 6594, 6595 e 6596 del 2011, sul danno da lesione dell'affidamento ascrivibile ad un comportamento scorretto dell'Amministrazione, hanno ritenuto sussistente la giurisdizione ordinaria»¹⁶⁰.

Orbene, non sembra affermarsi nulla di "profano" facendo presente, allora, che l'esigenza di questa precisazione denota quanto meno la consapevolezza dell'esistenza di un possibile problema su chi fosse il giudice competente nel caso di specie. Detto altrimenti, sul quesito il Collegio assolutamente non si esprime (e non è dato quindi ravvisare alcuna presa di posizione), ma poiché lo ricorda, a rigor di logica, pare potersi dedurre che per tale giudice tra affermare la giurisdizione del g.a. per una scorrettezza da responsabilità precontrattuale ed il *decisum* delle Sezioni Unite, un problema, quanto meno, c'è. Tale consapevolezza merita di essere sottolineato perché invece in altre occasioni, seppur successive alle ordinanze del 2001, il Consiglio di Stato ha continuato ad affermare che fosse pacifica la sua giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale¹⁶¹.

¹⁵⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 25 luglio 2012, n. 6921.

¹⁶⁰ Cons. di Stato, sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 154.

¹⁶¹ «Per completezza, si dà conto della sussistenza in materia della giurisdizione amministrativa. La domanda risarcitoria è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore dell'art. 6, comma 1, della L. n. 205 del 2000 (riprodotto in forma pressoché analoga nel D.Lgs. n. 163 del 2006, all'art. 244), dal quale è stata configurata una giurisdizione esclusiva in favore del Giudice amministrativo comprensiva anche dell'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale nelle procedure di affidamento di contratti di appalto di lavori, servizi o forniture, da parte di soggetti tenuti nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti di evidenza

In altra decisione ancora, i giudici, non chiamati a pronunciarsi sulla questione della giurisdizione, affermano che, «sia pure nel ritenere sussistente la giurisdizione del giudice civile per le controversie relative a domande di risarcimento danni azionate dai privati destinatari di provvedimenti favorevole poi annullati - con le ordinanze nn. 6594-6596 del 23 marzo 2011», nel caso di specie mancava comunque l'elemento dell'assenza di colpa, mentre «l'affidamento è tutelabile in quanto esso non sia a sua volta inficiato da colpa»¹⁶². L'inciso ambiguo sulla giurisdizione induce a ritenere che il collegio avverta la presenza di un aspetto critico e senta l'esigenza di «mettere le mani avanti», risolvendo la questione sul piano sostanziale.

In senso affine anche Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183 nel quale il collegio, pur non essendo chiamato e non potendosi pronunciare sul punto di giurisdizione, ravvisa, ancora una volta, la necessità di affermare che «una simile domanda avrebbe sollevato anche un problema in ordine alla corretta individuazione del plesso giurisdizionale competente», aggiungendo, anche esso, con una sorta di «*excusatio non petita*»¹⁶³, che comunque nel caso di specie l'affidamento non avrebbe potuto dirsi apprezzabile per mancanza della decorrenza di un congruo lasso temporale¹⁶⁴. E' evidente, tuttavia, come, ci muoviamo pur sempre nella «psicologia della sentenza», piuttosto che nel vero diritto.

pubblica (cfr. Cass. Civ., SS. UU., 12 maggio 2008, n. 11656; 18 ottobre 2005, n. 20116). Sin da allora sussiste, quindi, la giurisdizione amministrativa esclusiva anche per le controversie che riguardano la responsabilità precontrattuale della P.A. per il mancato rispetto, da parte di quest'ultima, delle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (C.d.S., Ad. Pl., 5 settembre 2005, n. 6)» (Cons. di Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 2239).

¹⁶² Cons. di Stato sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5346, in cui i giudici, in applicazione in applicazione del principio *tempus regit actum* applicabile in sede processuale, si dichiarano nell'impossibilità di conoscere della domanda sul difetto di giurisdizione sollevata, a favore del giudice ordinario. Quanto invece all'elemento soggettivo affermano che «nel caso di proposizione di una domanda non accoglibile, il "bene della vita" non spetta ab origine e il successivo annullamento del titolo abilitativo illegittimamente formatosi non consente di chiedere un risarcimento del danno per la perdita di un *quid* sostanzialmente non spettante». Il tema è approfondito al cap. II, in particolare il par. 5.2.2 al quale si rinvia.

¹⁶³ Che sia anche una «*accusatio manifesta*»?

¹⁶⁴ «Preliminarmente, il Collegio rileva che la richiesta ex art. 1338 c.c. non è stata proposta con il ricorso di primo grado e, pertanto, la correlata azione a tutela dell'affidamento non può essere avanzata, peraltro, con semplice memoria, in sede d'appello, restando il giudizio dinanzi a questo Consiglio delimitato in ragione del *thema decidendi* ritualmente introdotto dinanzi al primo Giudice. (...) Del resto, una simile domanda avrebbe sollevato anche un problema in ordine alla corretta individuazione del plesso giurisdizionale competente, atteso che secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, 23 marzo 2011, n. 6596 "(...)". Ogni eventuale

Sono poche, poi, le decisioni che si sono espressamente sulla natura della situazione giuridica di affidamento, ed, anche qui, diretta conseguenza di quanto considerato finora, non pare esservi unanimità di vedute. Secondo Cass., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, avente ad oggetto un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, «si è in presenza della lesione di una situazione soggettiva non inquadrabile nella mera bipartizione tra interessi legittimi e diritti, ma assimilabile maggiormente a questa seconda categoria di posizioni soggettive, in quanto, sul piano civilistico, nessuna discrezionalità vi è nella tutela dell'affidamento di cui sopra, rilevante quanto meno nei limiti dell'interesse contrattuale negativo, comunque si qualifichi la pretesa di correttezza della condotta dell'altra parte prima del contratto, si definisca essa come aspettativa, diritto, ovvero interesse qualificato»¹⁶⁵.

Il Consiglio di Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, in modo analogo alle Sezioni Unite del 2011, sembra invece aver apertamente definito tale situazione un diritto soggettivo: la responsabilità precontrattuale «incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza»; nei casi di responsabilità precontrattuale propriamente detti, infatti, ciò che il privato lamenta non è la mancata aggiudicazione, ma la lesione della sua corretta autodeterminazione negoziale¹⁶⁶.

interrogativo sul corretto riparto di giurisdizione appare, però, sopito dalla forza del giudicato, non essendo stato prospettato ritualmente dinanzi a questo Consiglio. Solo incidentalmente può, inoltre, notarsi che l'affidamento per essere ingenerato necessita del decorso di un congruo lasso temporale che in ragione della distanza temporale intercorsa tra l'adozione del provvedimento concessorio e l'ordinanza cautelare di sospensione degli effetti adottata dal TAR per la Lombardia non pare decorso».

¹⁶⁵ Disponibile su *Dejure.it* ed annotata da M. RENNA – A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, cit.

¹⁶⁶ Cons. stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633. In modo analogo Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790.

5. Sulla possibilità di configurare un danno non patrimoniale da lesione del legittimo affidamento

5.1 Il punto sul danno non patrimoniale

Si è potuto osservare finora come la lesione dell'affidamento sia suscettibile di un ristoro economico. Ciò accade sia in una forma che abbiamo definito "indiretta", nel caso dell'indennizzo; sia in modo diretto, nella responsabilità precontrattuale, con la conseguenza che la prima "tecnica" di compensazione legale lascia salva la possibilità di adire le vie della seconda¹⁶⁷. Si è anche visto come negli ultimi tempi la correttezza sia stata configurata come parte del più generale dovere di *neminem laedere* ai sensi dell'art. 2043 c.c. e si sia quindi elaborata una fattispecie di danno sostanzialmente analoga a quella della responsabilità precontrattuale, perché legata alla violazione di un interesse negativo, ma rilevante di fuori dell'ambito delle trattative.

In un simile contesto appare molto interessante verificare la possibilità di risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del legittimo affidamento.

Come noto, i danni non patrimoniali costituiscono le ricadute negative di carattere non economico che la lesione di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela abbia cagionato. La norma di riferimento in materia è l'art. 2059 c.c. per cui il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.

Per molto tempo la norma è stata interpretata restrittivamente, riconoscendo una generale non risarcibilità del danno non patrimoniale se non quando fossero accertati, nelle serrate maglie della disciplina penalistica, tutti gli elementi costitutivi di un reato ovvero nei casi speciali previsti dalla legge.

Questa impostazione fortemente limitativa del portato precettivo della norma è stata oggetto di una graduale evoluzione, parallela e coeva ad una nuova concezione sociale e culturale del valore della persona. Così in un primo momento la Consulta tentò di risarcire il danno non patrimoniale, nella specie il danno biologico,

¹⁶⁷ Cfr. il par. 2.3 di questo capitolo.

attraverso altra disposizione, l'art. 2043 c.c.¹⁶⁸ Dal canto suo, la Cassazione, nel 2003, ricondusse il danno non patrimoniale alla sua casa natale, evidenziando come l'art. 2059 c.c. potesse essere interpretato estensivamente, includendo tra le fonti che individuano i casi di risarcibilità dei danni non patrimoniali anche la Costituzione¹⁶⁹.

La stabilità in materia pare essersi raggiunta nel 2008, anno in cui le Sezioni Unite¹⁷⁰ hanno confermato l'orientamento sopra raggiunto, compiendo un ulteriore e decisivo passo in avanti nel riconoscimento della possibilità di risarcire il danno non patrimoniale, affermando che lo stesso può essere ristorato anche nell'ambito della

¹⁶⁸ Cfr. Corte Cost., 14 luglio 1986, n.184. Secondo la Corte l'art. 2059 c.c. non è incostituzionale per la mancata possibilità di tutela, tramite lo stesso, del diritto alla salute, costituzionalmente tutelato ai sensi dell'art. 32 Cost. Esiste infatti altra norma nel sistema giuridico, l'art. 2043 c.c., che consente di tutelare il c.d. danno biologico. Tale risultato è raggiunto ritenendo il danno alla salute come appartenente alla categoria dei danni evento: «Il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale subiettivo (ed il danno patrimoniale) appartengono alla categoria del danno - conseguenza in senso stretto». Pertanto esso sarebbe sempre risarcibile per il tramite dell'art. 2043 c.c., norma che disciplina i c.d. danni evento: mentre nulla ha a che vedere con i danni conseguenza, i quali, se di tipo patrimoniale sono ricondotti all'art. 2956 c.c.; se non patrimoniali all'art. 2959 c.c.: «il danno biologico, come s'è già avvertito, è, in ogni caso, un tipo di fatto (menomazione dell'integrità psico - fisica del soggetto) ed un tipo di lesione della salute, sempre presente, nel doloso o colposo illecito realizzativo della predetta menomazione. Tale tipo di fatto e di lesione non vanno in alcun modo confusi con l'eventuale presenza, in concreto, di danni patrimoniali od economici, conseguenti al fatto ed alla lesione ora specificati. Basterebbe, ancora una volta, ribadire che uno speciale tipo di danno ed uno specifico bene tutelato, leso da un fatto tipico (la predetta menomazione) non possono confondersi con una categoria generale di danni che conseguono, eventualmente (ed in ogni caso devono esser provati) al danno biologico, sempre presente, invece, nella predetta menomazione e sempre lesivo, senza bisogno di alcuna prova, del bene - giuridico salute». La soluzione non è andata esente da critiche posto che risarcire il danno biologico in termini di danno evento significa, in sostanza, prescindere dall'accertamento del nesso di consequenzialità giuridica di cui agli art. 1223 c.c. e 1227 c.c., che l'art. 2056 c.c. invece richiama.

¹⁶⁹ Cfr. le c.d. sentenze gemelle, Cass. civ, sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828. In tale sede la Corte sottolineò come fosse necessaria una lettura estensiva dell'art. 2059 c.c., perché la norma è idonea ad essere integrata dalle norme costituzionali, non solo con riferimento all'art. 32 Cost., per la salute umana, ma anche all'art. 2 Cost., che consente una tutela i diritti inviolabili della persona. In tal senso, si afferma che «la tradizionale restrittiva lettura dell'articolo 2059, in relazione all'articolo 185 c.p., come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente, al turbamento dell'animo transeunte determinati da fatto illecito integrante reato (interpretazione fondata sui lavori preparatori del codice del 1942 e largamente seguita dalla giurisprudenza), non può essere ulteriormente condivisa. Nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all'articolo 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo -, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona». Dunque, a detta della Corte, «il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso» perché «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana».

¹⁷⁰ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972.

responsabilità contrattuale, ipotesi su cui ci si soffermerà a breve¹⁷¹. Secondo la Corte non sono ravvisabili diverse ed autonome categorie di danno, nella specie morale, biologico ed esistenziale, ma le stesse sono solo categorie descrittive dell'unica voce del "danno non patrimoniale", riconducibile sempre all'art. 2059 c.c., norma suscettibile di comprendere una pluralità di casi¹⁷². Inoltre, al fine di evitare la "proliferazione delle cd. "liti bagatellari", la Corte richiede che siano presenti gli ulteriori requisiti della "gravità dell'offesa" e della "non futilità del pregiudizio"¹⁷³.

Ad oggi, dunque, grazie alla elaborazione giurisprudenziale, si distinguono diverse possibili "forme" di danno non patrimoniale, spesso confuse e sovrapposte: il danno biologico, che è quello che si verifica in caso di lesione del diritto alla salute intesa come integrità fisica e psichica; il danno morale soggettivo, l'ipotesi

¹⁷¹ La dottrina ha da sempre escluso la risarcibilità del danno non patrimoniale nell'ambito della responsabilità contrattuale sulla base di una serie di motivazioni. In questo senso la circostanza che l'art. 1321 c.c. faccia riferimento solo ad un rapporto giuridico patrimoniale, che il contratto, come l'accordo di due o più parti va a costituire, regolare o estinguere; la collocazione sistematica dell'art. 2059 c.c., che è inserito all'interno delle disposizioni sulla responsabilità aquiliana; l'art. 1223 c.c., che nel definire i danno risarcibili fa riferimento a categoria, come la perdita subita e mancato guadagno, apparentemente di stampo solo patrimoniale; da ultimo e tra l'altro, l'art. 2087 c.c. che nel prevedere il danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro subordinato, significherebbe che trattasi di una norma eccezionale a fronte di una regola generale in senso negativo. La Cassazione con la sentenza n. 26972 del 2008, supera tutti questi vizi affermando, viceversa, che anche nell'ambito della responsabilità contrattuale deve essere risarcito il danno non patrimoniale. In questo senso l'argomento più forte sposato dalla Cassazione è quello della presenza della disposizione di cui all'art. 1174 c.c. per cui gli interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza anche nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, perché la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione può corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore.

¹⁷² Secondo la Corte «il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso» perché «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana» (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972).

¹⁷³ «La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.). Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico» (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972).

tradizionale della sofferenza contingente, del turbamento dell'animo transeunte determinati da fatto illecito integrante reato; il danno esistenziale, come alterazione della vita di relazione, perdita della qualità della vita, compromissione della dimensione esistenziale della persona (pregiudizi non riconducibili, altrimenti, né al patimento intimo, costituente danno morale soggettivo, perché non consistenti in una sofferenza, ma neanche nel danno biologico, in assenza di lesione all'integrità psicofisica). Inoltre, per superare la chiusura lessicale dell'art. 2059 c.c., che fa riferimento ai soli casi previsti dalla legge, la norma può essere interpretata sia come comprensiva dei fatti che costituiscono reato, sia dei casi in cui il risarcimento è previsto dalla legge¹⁷⁴, ma anche ogni qual volta risulti violato un diritto della persona costituzionalmente garantito.

5.2 Danno non patrimoniale da lesione del legittimo affidamento

Fatte queste premesse, è possibile soffermarsi sulla questione posta in principio, quella della risarcibilità di un danno non patrimoniale da lesione del legittimo affidamento. Un primo ostacolo si pone a livello logico e concettuale: può essere ipotizzato un danno di questo tipo?

Orbene, il danno non patrimoniale da lesione dell'affidamento dovrebbe andare ad interessare quelle ricadute negative e di carattere non economico che la lesione della situazione di affidamento, meritevole di tutela, potrebbe aver cagionato sul danneggiato. Semplicisticamente, e volendo trovare un prototipo di tale danno, basta pensare al caso del privato cui venga revocato o annullato d'ufficio il permesso di costruire rilasciato e si veda costretto ad abbattere l'edificio da lui realizzato. Ipotizzando che si trattasse della casa familiare, che fosse stata costruita con grandi sacrifici, senza andare oltre con la fantasia, è evidente che non è poi così irragionevole ipotizzare che da tale vicenda il privato possa subire non solo delle perdite economiche, ma anche sofferenze o danni fisici, come un esaurimento

¹⁷⁴ Si pensi, per tutti, al danno da irragionevole durata del processo per cui chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha diritto ad una equa riparazione (art. 2 della legge n. 89/2001).

nervoso. A livello logico, prima che giuridico, non sembrano esservi significativi ostacoli concettuali all'ammissibilità di un simile danno.

E' opportuno, allora, verificare come questa prospettiva si scontri con la realtà giuridica. *In primis*: rientriamo in una delle ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile? Ammessa, infatti, la presenza di una lesione grave e di un pregiudizio non futile, elementi che andranno verificati caso per caso, si tratta di verificare se la lesione suddetta ricada in uno dei casi di danno non patrimoniale riconducibili all'art. 2059 c.c.

Ebbene, anche questo ulteriore limite pare potersi superare. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza sopra ricordato, una delle fattispecie in questione è quella della lesione dei diritti fondamentali della persona, costituzionalmente garantiti. Se, allora, la persona e la sua integrità psico-fisica risultano danneggiati dal comportamento scorretto dell'amministrazione sicuramente rientrano nell'orbita di questa tipologia di danno. Il danno che si sia prodotto dalla lesione dell'affidamento può incidere su un valore costituzionale della persona. Non è, d'altronde, l'affidamento che deve avere valore costituzionale, bensì la situazione giuridica soggettiva nei cui confronti si produce la lesione: l'affidamento è la situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo come danno evento, ossia legata al danno dalla c.d. causalità materiale; il diritto costituzionalmente protetto è quella nei cui confronti si ripercuotono i danni conseguenza, ossia quelli giuridicamente risarcibili, secondo un nesso di causalità giuridica.

Sempre rimanendo nella logica del diritto, in che modo il danno così definito si potrebbe risarcire nell'ambito delle varie forme di "tutela patrimoniale" qui considerate?

Venendo *in primis* all'ipotesi dell'indennizzo, come si è già potuto osservare, quest'ultimo non è il frutto di un'accurata verifica delle voci di danno effettivamente subite dal privato né è improntato ad un criterio di integralità, essendo invece governato da un principio di equità. Per questi motivi appare plausibile e ragionevole ipotizzare che un eventuale danno non patrimoniale subito dal privato possa essere fatto valere solo *a latere* dell'indennizzo, come ulteriore danno, attraverso il modello della responsabilità civile. La stessa, infatti, mira ad un integrale risarcimento a favore del danneggiato, volto, perlomeno in astratto, a ripristinare lo *status quo ante*

e si è già ricordato come in giurisprudenza l'indennizzo non escluda l'accertamento della presenza anche di una responsabilità precontrattuale¹⁷⁵.

Quanto invece alla responsabilità precontrattuale ed a quella extracontrattuale, qui non sembrano esservi ragioni di sorta in senso contrario. Quanto alla seconda, la responsabilità extracontrattuale costituisce l'*humus*, per eccellenza, del danno non patrimoniale, in cui esso è stato riconosciuto fin da principio nel lento percorso evolutivo sopra ricordato. Ma anche nel caso, della responsabilità precontrattuale, intesa comunemente come caratterizzata della medesima natura, non paiono esservi differenze. Neppure, d'altronde, qualora essa fosse considerata una responsabilità contrattuale ciò non osterebbe al profilarsi di questi danni poiché a partire dal 2008, come sopra ricordato, anche nell'ambito della responsabilità contrattuale è risarcibile il danno non patrimoniale¹⁷⁶.

5. Effetti della tutela “patrimoniale” del legittimo affidamento sul potere amministrativo

Quella che si è definita la tutela “patrimoniale” del legittimo affidamento si è rivelata, dunque, una forma di “contenimento” più o meno stringente ed effettiva¹⁷⁷ del danno prodottosi a seguito di un comportamento dell'amministrazione lesivo di una situazione di affidamento del privato.

Il passaggio dalla prima alle successive forme di compensazione comporta un salto significativo. Se l'indennizzo si specchia in un'attività amministrativa che non è solo legittima ma è anche lecita, il risarcimento del danno presuppone invece un comportamento legittimo secondo le categorie del diritto amministrativo ma di illiceità nell'ottica del diritto comune, da cui la presenza di una vera e propria responsabilità nelle due forme sopra ricordate (quella precontrattuale e extracontrattuale).

¹⁷⁵ V. il par. 2.3 di questo capitolo.

¹⁷⁶ Vedi nota 156.

¹⁷⁷ Si è già detto di come l'indennizzo non copra totalmente il danno all'affidamento ma rappresenti il minimo dovuto dall'amministrazione, facendo però salva la possibilità di integrazione dello stesso mediante la responsabilità precontrattuale (v. il par. 2.3).

Se nel caso dell'indennizzo la tutela dell'affidamento poggia su basi solidaristiche, perché l'attività della p.a. è lecita e legittima ma molto svantaggiosa per alcuni singoli a favore della intera collettività, quando l'affidamento è lesa da un comportamento illecito, la logica dell'intervento pecuniario è totalmente diversa: non c'è il discorso di un sacrificio legittimo e sproporzionato ma la tutela si fonda sul principio di correttezza o buona fede in senso oggettivo. Siamo dunque al cospetto di un vero e proprio sacrificio "ingiusto", non solamente un sacrificio "iniquo".

Queste osservazioni appaiono prodromiche al tentativo di cercare di misurare da un'adeguata distanza i meccanismi in esame, in modo da avere contezza di quali siano gli effetti complessivi della "tutela patrimoniale" del legittimo affidamento sul potere amministrativo.

Nel caso della necessaria corresponsione di un indennizzo, la legge che disciplina l'esercizio del potere amministrativo cui esso inerisce introduce un ulteriore vincolo di legittimità del suddetto potere, che si sostanzia, per l'appunto, nella possibilità di procedere in senso ablativo/lesivo nei confronti del privato solo a fronte di una compensazione economica. Ne deriva allora, inversamente, che la mancata previsione dell'indennizzo va ad inficiare la legittimità dell'azione amministrativa, rendendola non più conforme a quei parametri legali che la definiscono. L'effetto complessivo di un obbligo di siffatta natura è allora quello di andare ad incidere sulla legittimità del potere amministrativo, così che si può affermare che l'affidamento, mediante la compensazione economica che riceve con l'indennizzo, incida anche sul modo di essere del potere. In buona sostanza, la riparazione della lesione prodottasi in capo al privato, che come già visto non è il solo scopo dell'indennizzo, regolato da logiche equitative, diventa parte stessa dell'esercizio legittimo del potere amministrativo per cui di volta in volta l'indennizzo è disciplinato. La legge fa propria l'esigenza di compensare gli effetti dannosi di un'azione amministrativa necessaria e legittima.

Nella diversa ipotesi della responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale, invece, la tutela patrimoniale incide ed opera su un piano totalmente diverso da quello sin qui considerato. Essa riguarda la liceità e non, viceversa, la legittimità del comportamento dell'amministrazione. In questo caso sembra allora potersi affermare

che la tutela risarcitoria nulla ha a che vedere con la legittimità del potere amministrativo.

Altra osservazione che può compiersi guardando dall'alto la vicenda è data dalla circostanza che l'indennizzo sia, come abbiamo visto, caratterizzato da un principio di tipicità mentre, viceversa, il risarcimento del danno mantiene una struttura di atipicità, ossia di "apertura" della fattispecie di legge a tutti i casi concreti che al suo interno potranno essere sussunti. Questa considerazione appare molto interessante in una logica di sistema perché denota un ordinamento giuridico in cui non solo l'affidamento può essere economicamente compensato ma ciò accade anche in modo flessibile, ossia al di là delle singole previsioni di ristoro esplicitamente previste dalla legge. Non solo esiste "qualche" ipotesi di riparazione del danno alla situazione giuridica soggettiva di affidamento ma vi è una "generale" via di tutela risarcitoria dell'affidamento, il che denota un sistema sensibile alla tutela del cittadino verso il potere pubblico ed in cui la civiltà, non solo giuridica, ha raggiunto un certo grado evolutivo.

In definitiva, sembra che l'indennizzo, la responsabilità precontrattuale e quella fondata sulla violazione del dovere di correttezza ai sensi dell'art. 2043 c.c., benché così giuridicamente diverse, quanto ai contenuti, quanto alla *ratio*, quanto alla natura delle regole violate, siano in realtà tutte forme in cui si manifesta una compensazione economica di una posizione di affidamento del cittadino. Nel caso dell'indennizzo è lo stesso legislatore, che, disponendo l'obbligo di indennizzo, offre una forma di ristoro economico a chi è tradito in un'aspettativa qualificata nascente da un provvedimento, poi revocato o da un accordo ai sensi dell'art. 11, in relazione al quale si esercita il recesso. Nel caso della responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale è, invece, il comune principio di correttezza, la cui violazione sarà accertata dal giudice, che consente di dare opportuna tutela economica all'affidamento leso nell'esercizio di un potere amministrativo.

In un modo o nell'altro, si prende atto della circostanza che l'affidamento non è solo uno dei tanti interessi che si frappongono al potere amministrativo in sede discrezionale, ma è una situazione giuridica soggettiva autonoma che, se lesa, dovrà essere compensata o risarcita.

CONCLUSIONI

Se vi è un dato che lo studio compiuto dimostra chiaramente è che la tutela del legittimo affidamento di fronte al potere amministrativo sia tutt'altro che la sterile "formuletta" con cui viene in genere liquidato il c.d. principio del legittimo affidamento. La sua tutela appare infatti bidimensionale, stratificata e complessa, potendo trovare applicazione in una molteplicità di fattispecie tra loro profondamente diverse ed attraverso due tecniche di "protezione" speculari ma differenti. Sembra allora utile, nelle conclusioni, cercare di fare il punto sul tema. Ciò avverrà tramite la risposta ad alcune delle principali domande che io stessa mi posi quando ho iniziato la ricerca.

1. Che cosa si intende, giuridicamente, con l'espressione "legittimo affidamento" nei confronti del potere amministrativo?

Il legittimo affidamento indica un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà comportamentale di un altro soggetto giuridico. Esso è quindi indotto da una antecedente condotta di altri.

Anche nei confronti della pubblica amministrazione, sia che eserciti un potere ed agisca in via autoritativa, sia che agisca *iure privatorum*, il privato può maturare un legittimo affidamento.

Tale legittimo affidamento diventa giuridicamente rilevante sotto tre profili. *In primis*, se l'amministrazione tradisce il legittimo affidamento generato, il suo comportamento o il suo esercizio del potere possono risultare "scorretti", perché contraddittori, dunque "illeciti". In secondo luogo, allorquando il legittimo affidamento si consolida all'interno di un rapporto autoritativo, tale aspettativa di coerenza comportamentale assume un rilievo giuridico nella applicazione delle regole di legittimità del potere amministrativo: l'amministrazione deve ponderare tale situazione giuridica soggettiva con gli altri interessi in gioco, secondo il tradizionale meccanismo della discrezionalità amministrativa, altrimenti il suo esercizio del potere sarà "illegittimo". Da ultimo, il legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo viene in rilievo di fronte al giudice amministrativo allorquando lo stesso si trovi a decidere in che modo dare soddisfazione e tutelare il soggetto leso e debba confrontarsi anche con la situazione giuridica soggettiva di affidamento che altra parte processuale può avere maturato nei confronti del provvedimento illegittimo.

Il legittimo affidamento, come aspettativa di coerenza, è dunque situazione giuridica rilevante sia ai fini dell'applicazione delle regole di comportamento che caratterizzano ogni rapporto giuridico, anche quello amministrativo, con riferimento, in particolare, alla regola della correttezza; sia ai fini dell'applicazione delle regole di legittimità del potere amministrativo, con riferimento in particolare al momento ponderativo insito nel potere discrezionale (rilevanza che viene ricondotta al c.d. "principio del legittimo affidamento"); sia ai fini delle regole che governano la decisione del giudice, che deve essere adeguata e proporzionata anche con riferimento all'affidamento.

In tutti i casi sopra ricordati l'affidamento si dice "legittimo" allorquando è giuridicamente apprezzabile e meritevole di tutela. Sia, infatti, nell'ottica della violazione del dovere di correttezza, che in quella delle regole di azione amministrativa, che in quelle decisionali del giudice, l'affidamento è tutelato solo se "legittimo" con riferimento al caso concreto. Si tratta, dunque, di una valutazione che

viene compiuta dal giudice, ordinario o amministrativo, caso per caso. Non sarà, per esempio, mai apprezzabile un legittimo affidamento che sia nato da un comportamento fraudolento del soggetto che lo invoca.

Con riferimento all'affidamento del privato che viene in rilievo nell'esercizio del potere, la giurisprudenza amministrativa ha formulato una serie di requisiti necessari ai fini della legittimità dell'affidamento in sede di autotutela. Si è visto come sia possibile rinvenire gli stessi criteri anche con riferimento alle altre fattispecie applicative del principio del legittimo affidamento ed anche in relazione alla tutela da parte del giudice amministrativo, purché "riletti" con una formulazione tendenzialmente più ampia e meno rigida. Si è così proposta la seguente nuova definizione del principio del legittimo nei confronti del potere amministrativo, con riferimento alla tutela ponderativa dell'amministrazione e del giudice, che qui si ripete: qualunque esercizio del potere amministrativo, attivo od omissivo, che abbia in modo sufficientemente chiaro e significativo, non necessariamente legittimo, attribuito un certo beneficio attuale o potenziale al privato, non derivante da una sua condotta dolosa o colposa, è idoneo a generare, se la disponibilità del beneficio si protrae per un tempo concretamente idoneo, una situazione di affidamento meritevole di tutela, sia da parte del giudice che dell'amministrazione, i quali saranno tenuti a considerare tale situazione giuridica soggettiva nella scelta delle loro determinazioni giurisdizionali o amministrative, motivando, adeguatamente, ogni loro eventuale atto o fatto che appaia contraddittorio rispetto all'affidamento del privato.

La circostanza di aver escluso dalla definizione sopra proposta l'affidamento che viene in rilievo come violazione comportamentale del dovere di correttezza si giustifica tenendo conto che in questo caso l'aspettativa di "coerenza" non si manifesta, come ricordato, solo quando l'amministrazione esercita un potere ma anche quando agisce *iure privatorum*, ed inoltre non si attua nella tutela ponderativa. Siamo dunque al di là del modello di tutela sopra descritto e dello stesso "principio del legittimo affidamento". L'unico punto di contatto appare quello della natura della situazione giuridica soggettiva che è pur sempre un affidamento o, per l'appunto, un'aspettativa di coerenza.

2. Qual è la *ratio* della tutela del legittimo affidamento?

La questione del fondamento giuridico della tutela del legittimo affidamento, sia quella c.d. ponderativa che quella patrimoniale, è tra le più complesse e, soprattutto, sembra essere questa la parte che risente di più della sensibilità personale dell'interprete. Si tenterà, dunque, di formulare una tesi che sia quanto più possibile aderente ai risultati dell'indagine, nella consapevolezza che quella proposta non sarà “la” soluzione, ma solo “una coerente” soluzione.

Come già visto, il principio del legittimo affidamento nel diritto amministrativo nasce grazie a stimoli diversi. Da una parte esso è stato formulato sullo sfondo degli studi della dottrina tedesca, associandosi in particolare alle nozioni di sicurezza giuridica e Stato di diritto. Sarebbero, quindi, questi principi ad obbligare l'amministrazione, al pari di ogni altro pubblico potere, a considerare adeguatamente le situazioni di legittimo affidamento da esso stesso suscitate. Dall'altra, la dottrina italiana che per prima ha tentato di compiere una ricostruzione dogmatica, ha evidenziato come la tutela sopra descritta possa essere più semplicemente ricostruita come l'applicazione al rapporto tra cittadino ed amministrazione di un principio di diritto comune, quello dell'obbligo di correttezza che grava sulle parti di qualunque relazione giuridica. La considerazione dell'affidamento nasce infatti dal principio di buona fede, che si concretizza nell'obbligo di correttezza come necessaria ponderazione dell'interesse alla soddisfazione dell'affidamento creato dal comportamento precedente e l'interesse che suggerirebbe l'emanazione del nuovo atto¹. Il dibattito sul fondamento giuridico di questo principio si è poi ulteriormente arricchito, ed in particolare altri studiosi italiani hanno evidenziato come la tutela dell'affidamento non fosse in realtà altro che il riflesso di altri principi, come quello di imparzialità, di proporzionalità, o potesse essere ricondotto semplicemente nell'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'amministrazione, in cui la tutela dell'affidamento non è altro che l'acquisizione al processo decisionale di un

¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001 (dapprima *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970).

interesse secondario presente nella fattispecie al pari di quanto accade nella valutazione di tutti gli altri interessi².

Per tentare di affrontare la questione sembra allora opportuno procedere per gradi, soffermandosi *in primis* sul principio di correttezza e sui meccanismi con cui esso opera in un rapporto paritario, dove nessuna delle due parti esercita un potere amministrativo. Ipotizziamo che un soggetto A adotti un comportamento, qualificato, suscettibile di suscitare un'aspettativa nel soggetto B. Costui matura un legittimo affidamento. Ne deriva che A dovrà agire in modo coerente con la sua antecedente condotta. La correttezza impone ad A di non violare il principio di contraddittorietà ed agire nel senso conforme all'affidamento da lui suscitato. Se ciò non accade, A dovrà risarcire B degli eventuali danni da lui patiti a causa della sua "incoerenza comportamentale". La correttezza opera come obbligo di *non venire contra factum proprium*.

Prendiamo invece il caso in cui la relazione non sia tra due soggetti qualunque ma uno dei due eserciti un potere; quello che possiamo definire un "rapporto amministrativo", tra p.a. e privato. La p.a. esercita un potere in modo da generare una situazione di affidamento nel privato. Anche la p.a. è tenuta ad adottare un comportamento non contraddittorio? Qui si presenta il nodo del problema. Le norme che regolano l'esercizio del potere, le c.d. norme di legittimità, obbligano la p.a. solo a bilanciare questa aspettativa con gli altri interessi in gioco, ma non le impongono, invece, di agire in modo non contraddittorio. Se essa dà adeguata spiegazione nella motivazione della presenza di un interesse pubblico che impone di agire nel senso contrario all'affidamento del privato, la p.a. è legittimata ad agire in modo contraddittorio. Sembra, cioè, che la "scorrettezza" della p.a. sia quasi necessaria al fine perseguire al meglio l'interesse pubblico ed adempiere alle norme di legittimità che regolano l'esercizio del potere.

Il fatto che le norme di legittimità giustifichino, nell'ottica della legittimità dell'azione amministrativa, un comportamento scorretto della p.a. non significa, però, che esso perda la sua qualifica di "scorretto", ossia diventi "lecito". Tali norme, infatti, operano su un piano diverso da quello del principio di correttezza.

² Si rinvia al cap. I, par. 6.

Quest'ultimo opera sul piano della "liceità" dei comportamenti; le prime su quello della "legittimità" dell'esercizio del potere.

Se così è, quello che accade è allora il seguente fenomeno: quando l'affidamento si frappone all'esercizio di un potere amministrativo, esso "esce" dalle sole dinamiche dei rapporti tra privati per entrare "anche" in quelle del potere. L'affidamento acquista così una dimensione pubblicistica perché si integra nel novero degli interessi oggetto della discrezionalità amministrativa. Esso riceve tutela non "dal" potere amministrativo ma "nel" potere amministrativo, come parte dell'assetto di interessi alla base delle valutazioni della p.a.

Le norme che regolano tale momento di tutela interno al potere possono impedire che, in concreto, la p.a. riesca ad assumere un comportamento corretto. A livello giuridico essa è tenuta ad agire in modo non contraddittorio ma l'esercizio del potere può far sì che essa debba violare tale regola comportamentale. La dimensione "pubblicistica" dell'affidamento (obbligo di sola ponderazione) può comportare, talvolta, la violazione della dimensione "privatistica" dello stesso (obbligo di coerenza comportamentale). C'è poco da fare: le ragioni del potere possono andare contro le ragioni delle regole di diritto comune; la logica della correttezza, cruda e secca, non vale nelle regole di legittimità.

Ciò, lo si ripete, non significa che giuridicamente essa sia "giustificata" ad agire scorrettamente. Significa, invece, che, concretamente, essa possa essere costretta a violare il principio di correttezza a favore dell'interesse pubblico.

La dimostrazione che l'obbligo di correttezza sia comunque giuridicamente vincolante è data dal fatto che essa dovrà risarcire i danni patiti dal privato a causa della sua "legittima" incoerenza comportamentale. Tale risarcimento può avvenire, nei casi di violazione "più macroscopica" dell'affidamento, con un indennizzo, avendo lo stesso legislatore compiuto un giudizio di "scorrettezza", "incoerenza" o più semplicemente "ingiustizia sostanziale" del comportamento della p.a.; nei casi in cui il comportamento contraddittorio è realizzato nell'ambito delle trattative contrattuali, per il tramite della responsabilità precontrattuale; in via generale, tramite il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Le due tutele, quella ponderativa e quella patrimoniale, sono diverse ma coesistono: nessuna delle due assorbe l'altra, nel senso che nessuna delle due fa sì che non operi l'altra se opera essa stessa.

Ma qual è, allora, il fondamento di queste tutele? Nel caso della tutela patrimoniale è chiaro che l'affidamento viene in rilievo come situazione giuridica soggettiva derivante, in via implicita, dall'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza. Nel caso della tutela ponderativa, invece, non può essere la correttezza che guida l'azione della p.a. Se l'amministrazione non pondera (del tutto o adeguatamente) l'affidamento, il suo comportamento non è scorretto ma illegittimo. Ciò che conta sotto il profilo della correttezza non è il fatto che l'affidamento sia stato adeguatamente "soppesato" dall'amministrazione ma che esso sia stato "tradito" o "disatteso". Se, quindi, l'amministrazione non pondera l'affidamento, ciò è di per sé irrilevante in un'ottica di correttezza, essendo, sotto questo profilo, rilevante solo se la p.a. abbia agito in modo contraddittorio o meno. La mancata ponderazione rileva invece come violazione di una regola di legittimità nell'esercizio del potere, che deriva da un principio diverso da quello di correttezza.

Quale sia questo principio è una risposta del tutto opinabile. Può essere quello di proporzionalità, può essere quello di imparzialità ma più semplicemente, la tutela "ponderativa" dell'affidamento può derivare semplicemente dal perseguimento dell'interesse pubblico³. Ed è questa la soluzione preferita da chi scrive perché, effettivamente, la considerazione dell'affidamento pare essere dettata semplicemente dalla necessità del miglior perseguimento dell'interesse pubblico, il quale impone all'amministrazione, prima di agire, di compiere questo bilanciamento degli interessi secondari, pubblici o privati, con quello primario⁴. La tutela ponderativa non è altro, quindi, dalla tutela che ogni situazione giuridica soggettiva riceve in sede di esercizio di un potere discrezionale.

³ Cfr. M.T. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 159.

⁴ «Se la scelta è il risultato della discrezionalità, questa consta di una *ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario* (corsivo dell'autore). Gli interessi secondari da ponderare sono pubblici, collettivi e privati e non devono essere necessariamente tutelati dall'ordinamento; basta che esistano di fatto; l'interesse primario è sempre un interesse pubblico» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, p. 481).

Una osservazione di chiusura è, da ultimo, necessaria. Quanto sopra ricordato sul modo di operare dell'obbligo di correttezza nei confronti del potere amministrativo è l'emblema di un fenomeno più ampio. Le norme c.d. di comportamento, quelle che derivano dai principi di diritto comune e che, giustamente, non consentono eccezioni di sorta neanche per la pubblica amministrazione, si applicano alla stessa ma, per l'appunto, rimanendo "regole di comportamento", non "regole di legittimità". Ciò non significa che tali principi non "influenzino" anche le norme a regola dell'esercizio legittimo del potere, ossia che singoli istituti, come la partecipazione procedimentale, possano essere nati anche in funzione di un'amministrazione corretta⁵. Ma fare riferimento alla buona fede in un simile contesto vuol dire tutto e non vuol dire niente, ossia non significa che il principio di correttezza si possa applicare direttamente alla p.a. come norma di legittimità ma essa troverà, in questo senso, applicazione solo nei limiti in cui una norma espressa vi fa menzione. E' il principio di legalità che impone una simile soluzione.

Si è, infine, già osservato come il legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo venga in rilievo, da ultimo, anche nei confronti del giudice amministrativo allorquando lo stesso si trovi a decidere quale sia la tecnica di tutela migliore per la soddisfazione del soggetto "vittorioso". Anche in questo caso la tecnica di tutela è quella ponderativa ma qui il fondamento è nei principi equità e proporzionalità che, da un certo punto di vista, accumulano la decisione amministrativa e quella giurisdizionale, che tuttavia si distinguono quanto al fine perseguito: l'interesse pubblico nella prima; la giustizia ed il rispetto della legge nella seconda.

3. Vi è la necessità giuridica di un "principio del legittimo affidamento" come principio dell'azione amministrativa?

⁵ Si veda, per esempio, lo scritto di S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc.2, p. 437.

Se la *ratio* della tutela del legittimo affidamento nell'esercizio del potere amministrativo è quella sopra ricordata si potrebbe giungere alla paradossale conseguenza che il principio del legittimo affidamento sia un principio di azione inutile, non essendo altro che il risvolto dell'esercizio migliore della funzione pubblica, implicito nelle nozioni di discrezionalità e "cura" dell'interesse pubblico, ovvero, qualora sia considerato in sede di decisione giurisdizionale, del principio di giustizia.

Il discorso non pare potersi chiudere così. Se, infatti, il principio può dirsi "inutile" se si considera che la tutela dell'affidamento come derivante ed implicita da altri principi, esso appare, invece, molto importante al fine di descrivere quando l'affidamento del privato debba essere tutelato, ossia quali sono gli elementi della fattispecie amministrativa idonei a qualificare un affidamento legittimo e meritevole di tutela ponderativa. Esso ha dunque una valenza "descrittiva" fondamentale per delineare quali siano le situazioni giuridiche soggettive che devono godere della c.d. "tutela ponderativa", attraverso la enucleazione dei tre requisiti sopra ricordati.

A questa utilità se ne aggiunge, poi, una ulteriore. Poiché, in concreto, l'amministrazione è comunque un soggetto libero nelle sue valutazioni discrezionali, non è così scontato che essa ritenga sempre opportuno considerare situazioni di affidamento legittime che siano maturate in capo ai privati con cui essa interagisce. Un esempio banale è quello della circolare. Non è scontato che l'amministrazione si senta "vincolata" a considerare le aspettative dei privati, nate da quella circolare, prima di agire in modo diverso. Il fatto che sia stato formulato un principio del legittimo affidamento e che esso sia parte del diritto positivo che regola l'azione amministrativa, grazie al rinvio operato dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 ai principi comunitari, consente di fugare ogni dubbio sulla necessità di un'adeguata considerazione anche dell'affidamento del privato tra i vari interessi in gioco. Il principio del legittimo affidamento è essenziale perché, al di là di quale sia l'impostazione teorica che si decida di sposare sul suo fondamento, fa sì che la tutela dell'affidamento sia imposta, a fugare ogni dubbio, da una norma di legge chiara ed esplicita.

Da ultimo, a livello del tutto pratico, la positivizzazione del principio favorisce la tutela giurisdizionale dell'affidamento poiché in tutte le svariate fattispecie in cui l'affidamento può essere leso dall'amministrazione, al privato basterà invocare il vizio della violazione di legge senza dover fare appello a figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ad esso più o meno forzatamente adattabili⁶.

4. Come si compongono la tutela ponderativa con quella patrimoniale?

Si è sopra ricordato come la dimensione pubblicistica dell'affidamento coesista e non, viceversa, annulli quella fondata sul principio di diritto comune della correttezza. Se si volesse, allora, definire come si compongono le due tutela la risposta non potrebbe che essere una, quella della "integrazione". Nelle molteplici fattispecie in cui trova applicazione la tutela ponderativa si apre infatti la strada del risarcimento del danno qualora l'esito della ponderazione sia in senso negativo all'affidamento e si dimostri che, così facendo, la p.a. ha agito in modo scorretto. Chiaramente è necessario che il privato tradito nel suo affidamento dimostri di aver subito un danno al suo patrimonio, economico o non, a causa del comportamento dell'altro.

Così, a fronte di un atto di riesame legittimo ma che avviene in modo scorretto e lesivo, il privato potrà chiedere il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento (ed è questa la fattispecie che si è visto essere oggetto delle ordinanze della Cassazione del 2001). Ma anche nelle fattispecie "affini" opera il medesimo meccanismo: se l'esercizio del potere di sospensione cautelare ai sensi dell'art. 21-*quater*, ovvero dell'autotutela in relazione a casi di dia/scia o silenzio assenso, avviene in modo incoerente e dannoso, il privato potrà chiedere giustizia risarcitoria. Così, ancora, per l'esercizio del potere amministrativo in modo contraddittorio rispetto ad un precedente atto, seppur non vincolante.

Ciò vale, anche, per le fattispecie amministrative che si sono definite "strutturalmente diverse" dall'autotutela, dove anzi, talvolta, la via risarcitoria è

⁶ Sul punto vedi il paragrafo 5.3.

l'unica via percorribile. Procedendo nell'ordine con cui sono state esaminate, l'affidamento nascente da provvedimento nullo è proprio uno di casi in cui l'affidamento non assumerebbe valore alcuno in sede amministrativa, posto che la dichiarazione di accertamento della nullità non rientrerebbe nell'esercizio di un potere ma in una mera dichiarazione. In questo caso sembra tuttavia innegabile che chi dimostri che a causa di questa condotta della p.a. abbia subito un danno, in quanto aveva riposto legittimamente la sua fiducia sul provvedimento nullo, abbia diritto ad essere risarcito.

Anche il caso dell'affidamento nascente da attività illegittima, ossia che dovrebbe rilevare al momento dell'esercizio di un potere sanzionatorio, si è visto essere riconosciuto solo dalla giurisprudenza minoritaria come situazione giuridica soggettiva meritevole di valore. Anche in tale ipotesi, pertanto, si potrebbe aprire la strada del risarcimento. Certo, trattandosi di attività illegittima, è chiaro che qui dovrebbero ricorrere quelle circostanze eccezionali che la giurisprudenza minoritaria ha individuato, come, per esempio, il caso del potere sanzionatorio che si verifichi a distanza di molti anni; il fatto che la costruzione in rilievo sia munita di un titolo edificatorio (venendo in questione delle semplici difformità dal medesimo); la circostanza che la repressione avvenga nei confronti non dell'autore dell'illecito ma dell'acquirente in buona fede dell'immobile abusivo di cui si ordina la demolizione. D'altronde, una simile tutela nascerebbe anche dal fatto che l'attivazione del potere repressivo a tale distanza di tempo rende molto difficile sia l'esercizio del diritto di difesa da parte degli attuali proprietari, sia ogni iniziativa di rivalsa, da parte loro, nei riguardi degli effettivi responsabili dell'abuso. E' pure vero, tuttavia, che all'opposto del caso antecedente, dove il risarcimento del danno per aver confidato in un atto nullo può risultare, ragionevole, qui, viceversa, ritenere presente un affidamento meritevole e quindi un comportamento scorretto della p.a. a fronte di un potere di ripristino della legalità, che tutela valori primari come il paesaggio o l'ambiente ed il territorio, è forse davvero troppo difficile.

Più limpido il caso dell'affidamento negli atti generali di pianificazione, dove non si vede perché chi abbia un affidamento qualificato magari da una convenzione di lottizzazione non possa poi chiedere i danni per l'adozione di un piano regolatore di segno opposto. Assodato che questo è perfettamente legittimo se motiva le ragioni

dello scostamento dal precedente orientamento, ciò non esclude che l'azione amministrativa possa risultare, nel complesso, scorretta.

Nel caso dell'affidamento derivante dall'interpretazione in buona fede degli atti dell'amministrazione, si è visto che il caso di un'interpretazione in contrasto con quella attesa dal destinatario del provvedimento sia solo un caso eccezionale; dunque solo in quest'ultimo, eventualmente, vi potrà essere il risarcimento del danno. Viceversa l'affidamento derivante da informazioni errate non è mai meritevole di tutela "pubblicistica" ma è, per eccellenza, uno dei casi applicativi della violazione dell'obbligo di correttezza e quindi del risarcimento del danno. Se l'amministrazione fornisce informazioni false al privato, essa sarà responsabile a risarcire i danni che questo abbia subito confidando nella veridicità dei dati a lui comunicati.

Infine, nell'ultima fattispecie considerata, quella dell'affidamento che venga in rilievo in sede di annullamento giurisdizionale del provvedimento, qui la possibilità di tutela mediante risarcimento è esclusa dal fatto che il giudice soddisfi proprio l'interesse di colui che ha fatto affidamento sul provvedimento, non annullando il provvedimento illegittimo ma prevedendo la sola tutela risarcitoria per il ricorrente. Non vi è quindi alcuna scorrettezza o incoerenza comportamentale dell'amministrazione quanto a chi aveva beneficiato del provvedimento illegittimo perché lo stesso non è annullato. La tutela risarcitoria, in questo caso, spetta al ricorrente ma nulla ha a che vedere con l'affidamento essendo, invece, legata all'illegittimità compiuta nell'esercizio del potere amministrativo. Nel caso opposto, in cui invece il giudice annulli l'atto impugnato a fronte di posizioni di affidamento dei controinteressati, se questi dimostrano la scorrettezza del comportamento dell'amministrazione ed i conseguenti danni da loro patiti, essi avranno diritto alla tutela risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c. come espressamente chiarito dalla Corte di Cassazione nel 2011.

5. Come si potrebbe collocare l'azione per il risarcimento del danno extracontrattuale derivante da affidamento nell'attuale paradigma delle regole di diritto sostanziale e processuale a disciplina del potere amministrativo?

Da ultimo, ci si soffermerà su una questione dal taglio più pragmatico che, come si è visto, ha dato vita ad un ricco dibattito della dottrina, a fronte di una giurisprudenza successiva alla Cassazione del 2011 talvolta ambigua ed incerta. Il problema è quello di definire quale sia la natura giuridica della situazione giuridica soggettiva di affidamento.

La problematica è particolarmente delicata, trattandosi di determinare, alla luce del criterio di riparto di cui alla famosa decisione della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e seguenti decisioni, se la scorrettezza comportamentale che l'amministrazione pone in essere nell'esercizio di un potere legittimo sia riconducibile ai c.d. "meri comportamenti", con i quali la p.a., come soggetto di diritto comune, viola obblighi della medesima natura, piuttosto che ai "comportamenti amministrativi", con cui la p.a., come autorità, in un settore pubblicisticamente determinato, viola norme che regolano un rapporto di diritto pubblico⁷. Nel primo caso l'aspettativa di coerenza comportamentale, ossia l'affidamento, assumerebbe le sembianze di un diritto soggettivo; nel secondo, quelle dell'interesse legittimo.

Orbene, la distinzione in esame appare quasi totalmente sterile se non limitatamente ad un profilo di utilità, quello della individuazione del giudice competente: l'attribuzione della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario piuttosto che a quello amministrativo è l'unica conseguenza pratica di rilievo della scelta.

La qualificazione della natura dell'affidamento diventa allora un'operazione del tutto priva di rilevanza concreta se si elimina anche questa residuale esigenza. Vi è, infatti, un principio fondamentale del nostro ordinamento che permette di risolvere il problema a prescindere dalla suddetta qualificazione ed è il principio della "concentrazione delle tutele"⁸. Il principio è considerato un «aspetto centrale della

⁷ Si rinvia al cap. III, par. 4.

⁸ Merita di essere ricordato che il principio è espressamente e più volte menzionato nell'art. 44 della legge n. 69 del 2009, disposizione che, come noto, costituisce la norma giuridica legittimante l'adozione del Codice del processo amministrativo. Nella norma si delega il Governo ad adottare disposizioni di "riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato" anche al fine di "assicurare la concentrazione delle tutele" e tra gli stessi principi e criteri direttivi si ribadisce quello di "assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo".

ragionevole durata del processo»⁹ e dunque comunemente ricondotto nell'art. 111 della Costituzione¹⁰, «per cui ogni soluzione che si assuma nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo, deve essere verificata non solo sul piano della coerenza logico - concettuale, ma anche per il suo impatto operativo nella realizzazione del principio di concentrazione delle tutele»¹¹.

La necessità che la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della p.a. mantenga i caratteri di una tutela piena ed effettiva impone, allora, di non chiedere a colui che sia leso da un scorrettezza amministrativa “autoritativa”, ossia inerente ad un potere amministrativo, di disgiungere le sue domande di tutela, rivolgendosi, per la stessa identica determinazione amministrativa, al giudice ordinario per il profilo della correttezza e, simultaneamente, a quello amministrativo, per quello della legittimità. Ciò ha senso su un piano di rigidità formale dei criteri di riparto ma non su quello di un modello di giustizia che sia sostanzialmente efficace ed efficiente.

Quello che, invece, è importante sottolineare è che l'affidamento, sia che lo si qualifichi come diritto che come interesse, è diverso dall'interesse legittimo sotteso al bene della vita. L'amministrazione ha il potere di negare o sottrarre al privato il bene della vita in nome dell'interesse pubblico che è di volta in volta affidato alla sua cura. L'amministrazione, invece, deve sempre e comunque essere corretta, ossia la posizione soggettiva di aspettativa speculare a tale obbligo deve sempre essere soddisfatta, a prescindere dalle regole di legittimità che regolano il potere amministrativo e indipendentemente da come essa soddisfi al meglio l'interesse pubblico cui la sua attività è funzionalizzata.

Sembra, dunque, del tutto speculare¹² al risarcimento del danno da affidamento il caso del risarcimento del danno da ritardo¹³. Come il tempo è un bene della vita in

⁹ Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2007, ordinanza n. 8362.

¹⁰ Tale norma costituzionale «impone all'interprete una nuova sensibilità ed un diverso approccio ermeneutico, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norma sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo nella realizzazione di detto obiettivo costituzionale» (Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2007, ordinanza n. 8362).

¹¹ Cass. civ., sez. VI, 5 ottobre 2011, ordinanza n. 20352.

¹² Sottolinea il legame tra danno da ritardo e correttezza della pubblica amministrazione P. CHIRULLI, *Responsabilità da comportamento*, in *Ius publicum Network Review*, www.ius-publicum.com, 2011,

sé, a prescindere dal conseguimento dell'utilità finale, anche la correttezza è un bene della vita autonomo e diverso da quello principale, con la conseguenza che l'affidamento del privato come pretesa alla correttezza dell'azione amministrativa assume, anche essa, il ruolo di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela in sé considerata, a prescindere dell'interesse legittimo al bene della vita sotteso al provvedimento amministrativo interessato. L'amministrazione non può scegliere o meno di essere "tempestiva" ma deve solo esserlo, dovendo altrimenti risarcire il danno e pagare un indennizzo¹⁴. L'unica differenza è che in questo caso il legislatore ha avvertito la difficoltà di qualificare tale posizione giuridica come interesse legittimo ed ha "tagliato la testa al toro" scegliendo la via della giurisdizione esclusiva del g.a.¹⁵.

C'è, dunque, da auspicarsi un intervento del legislatore che anche nel caso del danno da lesione dell'affidamento, come per il danno da ritardo della p.a., disponga esplicitamente una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva per il "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza di una scorrettezza compiuta

per cui l'introduzione di un'azione risarcitoria *ad hoc* per i danni da ritardo ha alimentato nella dottrina l'idea che sia configurabile in via generale una responsabilità dell'amministrazione da comportamento procedimentale scorretto, indipendentemente dalla dimostrazione che il privato avrebbe potuto conseguire la soddisfazione del suo interesse sostanziale. Sull'assonanza tra le due figure v. anche S. OSELLA, *La centralità del «tempo» nella valutazione della correttezza della Pubblica Amministrazione*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2012, 649 ss., secondo cui il ritardo dell'azione amministrativa non è altro che una violazione del principio fondamentale di correttezza di cui all'art. 97 della Costituzione e «il diritto al tempo sembra rientrare nel ben più ampio diritto ad una buona e corretta amministrazione».

¹³ Come noto, il danno generato dall'inosservanza dell'obbligo di conclusione del procedimento di cui all'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo è risarcibile in virtù dell'art. 2-bis della stessa legge.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 2-bis della legge n. 241 del 1990, le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti sia al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (comma 1), sia in alcuni specifici casi, al pagamento di un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (cfr. la Direttiva del 9 gennaio 2014 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica - contenente le "Linee guida per l'applicazione dell'indennizzo da ritardo nella conclusione dei procedimenti ad istanza di parte"); in tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento (comma 2).

¹⁵ Ai sensi dell'art. 133 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, le controversie in materia di "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo".

nell'esercizio del potere amministrativo". Quale caso infatti, se non questo, è riconducibile al c.d. "nodo gordiano"¹⁶ che giustifica la giurisdizione esclusiva?

Nel mentre, tuttavia, è lo stesso principio di concentrazione delle tutele nonché gli artt. 24 e 113 della Costituzione ad imporre tale scelta, affinché sia concretamente possibile e verosimile che contro gli atti della pubblica amministrazione il cittadino abbia una effettiva e piena tutela dei diritti e degli interessi legittimi.

¹⁶ Ci si limita a rinviare a O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008 e A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in questa Rivista, 2004, 417 ss.

APPENDICE DI AGGIORNAMENTO

In prossimità della scadenza dei termini di consegna del seguente lavoro l'Adunanza plenaria si è pronunciata con la sentenza n. 4/2015¹ su quella che è stata definita la tutela “ponderativa” del legittimo affidamento da parte del giudice amministrativo².

Ci si limita a ricordare che nella fattispecie in esame il Consiglio di Stato aveva ritenuto effettivamente meritevoli alcune delle censure mosse dalla ricorrente, accertando l'illegittimità di una procedura di selezione. Tuttavia, la Sezione giudicante si era rivolta all'Adunanza Plenaria al fine di chiarire che sorte dovessero avere in sede giurisdizionale le risultanze di un concorso illegittimo quando il suo espletamento risulti avvenuto in data risalente e sia stato seguito dalla assunzione in servizio dei suoi vincitori. Secondo il collegio, infatti, dato che il lasso di tempo trascorso tra l'espletamento del concorso e la decisione del giudice era di 15 anni, risultava innegabile che coloro grazie a quel concorso avevano preso servizio ed ai quali non erano riferibili i vizi del procedimento, avessero fatto «le loro scelte di vita, di ordine familiare, lavorativo, anche di cessazione degli studi a seguito del conseguimento di posti di lavoro a tempo indeterminato»³. Ne derivava che il danno sociale che sarebbe seguito da un tale annullamento - disposto ‘automaticamente’ - era evidente: la perdita dell'attività lavorativa da parte dei candidati a suo tempo risultati vincitori comportante il «radicale e gravissimo sconvolgimento delle loro vite e delle loro famiglie»⁴. Affermava, quindi, che in una tale situazione la pronuncia del giudice amministrativo, basandosi su una valutazione di tutte le circostanze, avrebbe potuto disporre unicamente il risarcimento del danno, senza il previo annullamento degli atti risultati illegittimi.

¹ Consiglio di Stato, Ad. pl., 13 aprile 2015, n. 4.

² Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 284, ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

Secondo l'Adunanza Plenaria n. 4/2015 la tesi contenuta nell'ordinanza di rimessione non può essere condivisa sulla base di svariate argomentazioni⁵. Limitandoci ai passaggi più significativi per quello che concerne il tema in esame, i giudici affermano in modo limpido che mentre «l'illegittimità determina l'annullabilità (in potenza)», l'azione di annullamento «determina, su pronuncia del giudice, l'annullamento (in atto) degli atti impugnati»; ne deriva che in caso di accoglimento del ricorso di annullamento il giudice non ha la facoltà o meno di annullare ma esso «annulla (necessariamente) in tutto o in parte il provvedimento impugnato»⁶. In virtù del principio della domanda «non può ammettersi che in presenza di un atto illegittimo (*causa petendi*) per il quale sia stata proposta una domanda demolitoria (*petitum*), potrebbe non conseguire l'effetto distruttivo dell'atto per valutazione o iniziativa ex officio del giudice». Il giudice non può disporre il risarcimento del danno a fronte di una richiesta diversa: l'azione di annullamento «si distingue dalla domanda di risarcimento per gli elementi della domanda, in quanto nella prima la *causa petendi* è l'illegittimità, mentre nella seconda è l'illiceità del fatto; il *petitum* nella prima azione è l'annullamento degli atti o provvedimenti impugnati, mentre nella seconda è la condanna al risarcimento in forma generica o specifica». Se la domanda di annullamento non dovesse soddisfare l'interesse del ricorrente e anzi dovesse lederlo, «la pronuncia del giudice non potrebbe che essere di accertamento, ma nell'altro senso, cioè della sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente che aveva proposto domanda di annullamento».

Il collegio compie così una serie di osservazioni molto interessanti sul ruolo dell'affidamento in sede di decisione giurisdizionale. Se è vero che «il giudice può non già “*modulare*” la forma di tutela sostituendola a quella richiesta, ma determinare la portata dell'annullamento, con formule ben note alla prassi giurisprudenziale, come l'annullamento parziale», ciò, ricorda il Collegio, avviene «in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all'interesse del ricorrente». Non è

⁵ Che essa stessa così ricorda: «a) sulla base del principio della domanda, che regola anche il processo amministrativo; b) sulla base della natura della giustizia amministrativa quale giurisdizione soggettiva, pur con talune peculiarità - di stretta interpretazione - di tipo oggettivo; c) per la non mutabilità ex officio del giudizio di annullamento una volta azionato; d) per la non pertinenza degli argomenti e dei precedenti richiamati» (Consiglio di Stato, Ad. pl., 13 aprile 2015, n. 4).

⁶ Consiglio di Stato, Ad. pl., 13 aprile 2015, n. 4.

consentito al giudice, invece, «derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda» e «preferire la forma di tutela, facendo recedere l'interesse, a suo dire, indebolito del ricorrente, sulla base di altre valutazioni di interessi (gli interessi dei controinteressati, l'interesse pubblico, il tempo, l'opportunità e così via)».

Secondo l'Adunanza Plenaria, inoltre, non ha alcuna rilevanza l'elemento temporale: «la durata occorrente per il giudizio, a maggior ragione quando essa sia prolungata, e inaccettabile nelle sue dimensioni, non può andare a danno del ricorrente che ha ragione e pregiudicargli la sua pretesa, se non a costo di infliggergli un doppio danno». Così come «non rileva, d'altro canto, neppure l'utilità più o meno ampia, che l'appellante possa ricevere da un eventuale annullamento, né possono avere rilievo le ragioni di inopportunità, in tale sede e fase, per i disagi causati ai controinteressati incolpevoli o la valutazione preminente dell'interesse pubblico, il quale coincide, in tale momento, con l'annullamento degli atti illegittimi impugnati».

A rafforzare ulteriormente quanto già chiaro, si ricorda che «in sede di giurisdizione generale di legittimità e in caso di azione di annullamento, non appare utile il richiamo operato dall'ordinanza di rimessione ai poteri di cui all'art. 21 *nonies* L.241 del 1990, attenendo essi specificamente (ed esclusivamente, stante la loro natura eccezionale) all'attività amministrativa propriamente detta».

Ebbene, alla luce della neonata pronuncia, sembra allora necessario prendere atto di un mutamento radicale dei termini di quella che si è definita la “tutela ponderativa dell'affidamento in sede giurisdizionale”. Con la decisione suddetta pare essersi posto un veto assoluto ad una possibile “penetrazione” del legittimo affidamento anche nella decisione del giudice amministrativo e nelle scelte da esso compiute nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali. Emerge, infatti, una ferma volontà dell'Adunanza Plenaria di mantenere il potere di decisione “discrezionale” del giudice lontano dalla “discrezionalità amministrativa”, come un potere sì di scelta, ma volto al soddisfacimento del solo interesse del ricorrente (e non, viceversa, all'interesse pubblico, comprensivo della considerazione degli altri interessi presenti, come l'affidamento sul provvedimento amministrativo viziato).

La conseguenza è dunque quella che, ad oggi, non pare possibile più riscontrare, come prospettato, una possibile fattispecie applicativa del principio del

legittimo affidamento anche nella sede della decisione del giudice amministrativo. La definizione del principio del legittimo nei confronti del potere amministrativo che è stata proposta come risultato dell'analisi dei casi pratici menzionati (tra cui quello qui in esame), facente riferimento sia alla tutela ponderativa da parte dell'amministrazione che del giudice, sembra quindi dovere essere riformulata solo con riferimento alla pubblica amministrazione: qualunque esercizio del potere amministrativo, attivo od omissivo, che abbia in modo sufficientemente chiaro e significativo, non necessariamente legittimo, attribuito un certo beneficio attuale o potenziale al privato, non derivante da una sua condotta dolosa o colposa, è idoneo a generare, se la disponibilità del beneficio si protrae per un tempo concretamente idoneo, una situazione di affidamento meritevole di tutela, da parte dell'amministrazione, la quale sarà tenuta a considerare tale situazione giuridica soggettiva nella scelta delle sue determinazioni amministrative, motivando, adeguatamente, ogni suo eventuale atto o fatto che appaia contraddittorio rispetto all'affidamento del privato.

C'è da dire, in conclusione, che la "chiusura" compiuta dall'Adunanza Plenaria rispetto ad una possibile tutela del legittimo affidamento ad opera del giudice amministrativo non elimina la portata storica dell'ordinanza di rimessione, che ha aperto un nuovo capitolo sulle forme di tutela dell'affidamento nascente dal potere amministrativo. Già la stessa circostanza che sia stato sollevato il problema dimostra, d'altronde, come la tutela dell'affidamento sia un'esigenza ormai avvertita anche dal giudice del potere amministrativo, sempre più consapevole che anche le sue decisioni possono incidere sulle aspettative nate da provvedimenti amministrativi. Non sembra, dunque, improbabile pensare che sul tema si tornerà a discutere in futuro.

BIBLIOGRAFIA:

- ABBAMONTE G., *Annullamento d'ufficio e partecipazione al procedimento amministrativo* in *Scritti in onore di G. Guarino*, I, Padova, 1988, 1;
- ACHTERBERG N., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1986;
- ALESSI R., *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968;
- ALESSI R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955;
- ALESSI R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956;
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;
- ALPA G.- SANINO M.- STELLA RICHTER P., *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500/SU del 1999 delle sezioni unite relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 427;
- ALPA G., *Il révirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 907;
- AMOROSINO S., *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni*, Padova, 1984;
- ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005;
- AULETTA A., *Le modifiche alla s.c.i.a. introdotte dal decreto "sblocca Italia": verso la soluzione dell'enigma del richiamo all'autotutela?. Qualche spunto riflessivo*, in www.neldiritto.it;
- AULETTA A., *Sulla tutela del legittimo affidamento a fronte dell'esercizio del potere di autotutela ex art.1, comma 136, della legge n. 311 del 2004*, in *Nel diritto*, 2013, n. 6;
- BALDI PAPINI U., *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi*, Firenze, 1939;
- BARONE G., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. Amm.*, n.4/2002, p. 689;
- BARTOLINI A., *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, n. 9, p. 959;

- BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002;
- BARTOLINI A., *Nullità e risultato*, in M. Immordino - A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004;
- BASSI F., *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.* vol. III, Torino, 1992;
- BASSI F., *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963;
- BASTIANON S., *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012;
- BENATTI F., *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Foro pad.*, 1962, I, 1357;
- BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963;
- BENATTI F., voce *Responsabilità precontrattuale (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Trec.*, XXVII, Roma, 1991, p. 9;
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 25;
- BENVENUTI F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 537;
- BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002;
- BERTONAZZI L., *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2010, p. 39;
- BERTONAZZI L., *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6 ter della legge 241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 215;
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1972 (2° ediz. a cura di G. Crifò);
- BETTI E., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353;
- BIANCA M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, I, 205;
- BIGLIAZZI GERI L., *Culpa in contrahendo terzi e p.a.*, in *Foro it.*, 1962, I, 1165;
- BILE F., *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 897;

- BLANKE H.J., *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 2000;
- BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 146;
- BOBBIO N., *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 145;
- BRUTI LIBERATI E., *Accordi pubblici (voce)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 1;
- BUOSO E., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012;
- BUSNELLI F.D., *Dopo la sentenza n. 500/SU. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335;
- BUSNELLI F.D., *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, fasc.4, p. 531;
- CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 341 ss., ora in *Appendice a F. Lopez De Oñate, La certezza del diritto*, Milano, 1968, pp. 173-174);
- CAMMEO F., *A proposito di circolari e istruzioni*, in *Giur. It.*, 1920, III, 5;
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, rist. 1992;
- CAMMEO F., *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1911, III, 107;
- CANNADA BARTOLI E., *Procedimento ed ordine di recupero di somma indebitamente corrisposte a pubblici dipendenti*, in *Giur. it.*, 1993, III, 709;
- CANNADA BARTOLI E., voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958;
- CAPONIGRO R., *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011;
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T., *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 159;
- CARANTA R., *Espropriazioni per pubblica utilità*, in *Enc. Dir.*, agg. V, Milano, 2011, p. 420;
- CARANTA R., *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 6, 1352;

CARANTA R., *La “comunitarizzazione” del diritto amministrativo: il caso della tutela dell’affidamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 417;

CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell’età della responsabilità* in *Foro it.*, 1999, I, 3201;

CARBONE A., *La nullità e l’azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 795;

CARBONE A., *La nullità*, in P. Clarizia - F. Freni (a cura di), *Il processo amministrativo nella giurisprudenza. Commento sistematico ai principali istituti*, Milano, 2012, p. 103;

CARINGELLA F.- L. TARANTINO L., *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo*, Roma, 2012;

CARINGELLA F., *Architettura e tutela dell’interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, 17 ottobre 2011, su www.giustizia.amministrativa.it;

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011;

CARINGELLA F., *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo*, Roma, 2012;

CARINGELLA F., *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedimentali*, in *Corr. giur.*, 1996, 294 ss;

CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 2, 2008;

CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, p. 82;

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951;

CARNEVALE P., «...Al fuggir di giovinezza.. nel doman s’ha più certezza» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. Cost.*, 1999, 3625;

CASSETTA E., *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, p. 371;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, (a cura di F. Fracchia), 2014;

CASTRONOVO C., “*Obblighi di protezione*”, in *Enc. Giur.*, V. XXI, Roma, 1990;

CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, n. 2, p. 315;

CASTRONOVO C., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 89;

CASTRONOVO C., *La responsabilità precontrattuale*, in C. Castronovo - S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 334 ss.;

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 29;

CASTRONOVO C., *Le sezioni Unite tra nuovo e vecchio diritto pubblico dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa e dir. prov.*, 1999, 1241;

CASTRONOVO C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1262 ss.;

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1997, 177 ss.;

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 ss.;

CAVALLARO M.C., *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012;

CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 41;

CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011;

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 02, 436;

CERULLI IRELLI V. - DE LUCIA L. (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009.

CESARINI SFORZA W., *Diritto (principio e concetto)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 630;

CHIEPPA R. - GIOVAGNOLI R., *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, 2009;

- CHIEPPA R. - GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012;
- CHIEPPA R., *Il nuovo regime delle invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it;
- CHIEPPA R., *La nullità del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'Azione Amministrativa*, Milano, 2011;
- CHIEPPA R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2003, p. 68;
- CHIEPPA R., voce *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 2008, p. 910 e ss;
- CHINÉ G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro Amm.*, T.A.R., 2003, II, p. 797;
- CHITI M.P., *Circolare*, in *Enc. dir. Treccani*, vol. VI, Roma. 1988;
- CIMELLARO L., *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, in *Dir. amm.*, n. 3/1995, p. 441;
- CIOFFI A., *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica Amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. Amm.*, Fasc.1, 2006, p. 99;
- CIOFFI A., *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio*, Torino, 2006;
- COCCONI M., *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, fasc.3, p. 707;
- COGNETTI S., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197;
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011;
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993;
- COMPORITI G.D., *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. It.*, n. 1/2012, p. 194;

- COMPORITI G.D., *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, in *Giur. It.*, 2013, 5, 1207;
- COMPORITI G.D., *La tutela risarcitoria " oltre " il codice*, in *Foro amm. TAR*, 2010, fasc.10, p. 67;
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2006;
- COOK E., *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, 2000, p. 1;
- CORAGGIO G., *Annulamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. dir.*, 1988;
- CORLETTI D., *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007;
- CORLETTI D., *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 72;
- CORPACI A., *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997;
- CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969;
- CORSO G., *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. Amm.*, 2009, 203;
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, 2008;
- CREPALDI G., *La ripetizione dell'indebito da parte dell'amministrazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 1831;
- CRISMANI A., *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, 2013, 7, 1688;
- CRISMANI A., *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012;
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008;
- CUFFARO V., *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 1265 ss;
- CUGURRA G., *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 922;
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p 1019;

- D'ALBERTI M., *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 2013, fasc.4, p. 607;
- D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996;
- D'ANCONA S., *Termine ragionevole nell'annullamento d'ufficio: riflessioni in tema di effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2008, fasc. 5, p. 1521;
- D'ANGELO L., *Le Sezioni Unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*, in *Giust. civ.*, 2011, n. 10, p. 2321;
- DE BENEDETTO M., *Il procedimento amministrativo tributario*, in *Dir. amm.*, 2007, fasc.1, p. 127;
- DE BENEDETTO M.– MARTELLI M.- RANGONE N., *La qualità delle regole*, Bologna, 2011;
- DE FELICE S., *Della nullità del provvedimento amministrativo*, su www.giustamm.it, n.5/2005;
- DE GIORGI A. (a cura di), *Opere di Gian Domenico Romagnosi*, Milano, 1841-1848, 1;
- DE GIORGI CEZZI G. – P. L. PORTALURI P.L., *L'efficacia e l'esecutività del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2011, p. 860;
- DELAUNAY B., *Faut-il reconnaître un principe de confiance légitime en droit fiscal?*, in J. Buisson (a cura di), *La sécurité fiscale*, L'Harmattan, 2011, p. 39;
- DELAUNAY B., *La confiance légitime entre discrètement au Conseil constitutionnel*, in *AJDA*, 2014, p. 649;
- DELAUNAY B., *Le contentieux des espérances légitimes en droit fiscal*, in T. Lambert (a cura di), *Le contentieux fiscal en débats*, L.G.D.J, 2014, p. 308;
- DE LEONARDIS F., *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005;
- DE LUCIA L., *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, fasc.1, p. 87;
- DE LUCIA L., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Torino, 2005;

- DE LUCIA L., *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, in V. Cerulli Irelli - L. De Lucia (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, p. 245;
- DELLA CANANEA G., *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, p. 104;
- DELLA VALLE E., *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001;
- DELLA VALLE E., *Revirement ministeriale e buona fede nell'esercizio della funzione impositiva*, in *Riv. Dir. trib.* 1995, I. 587;
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, 539;
- DI MAJO A., *Il risarcimento degli interessi «non più solo legittimi»*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1376;
- DI MAJO A., *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. giur.*, 2011, vol. 28, 7, p. 933;
- DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009;
- DI MAJO A., *Regole di validità e di comportamento nei contratti con la p.a.*, in *Corr. giur.*, 2010, n. 4, p. 536;
- DINELLI F., *Il riparto di giurisdizione e la teoria dei diritti indegradabili*, in AA. VV., *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013;
- DIPACE R., *La difficoltà di liberalizzare*, in www.diritto-amministrativo.org, 9 maggio 2014, p. 9;
- DIPACE R., *Le incertezze delle liberalizzazioni e il problema del risarcimento del danno da violazione del legittimo affidamento*, intervento al convegno “La difficoltà di liberalizzare”, Milano, 9 maggio 2014, su www.diritto-amministrativo.org;
- D'ORSOGNA M., *Articolo 21 octies, comma 1*, in N. Paolantonio - A. Police - A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005;
- FALCON G., *Le convenzioni pubblicitiche. Ammissibilità e criteri*, Milano, 1984;
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2009;
- FALCON G., *Questioni sull'efficacia temporale e sulla validità del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1;

- FALZEA A., voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958;
- FANTI V., *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012;
- FANTINI S., *La revoca dei provvedimenti amministrativi incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009;
- FARES G., *Indebito oggettivo e p.a.*, in *St. iur.*, 2004, pp. 667;
- FERRARA R., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193;
- FIALE A.- E. FIALE E., *Diritto urbanistico*, Napoli, 2015;
- FORTI U., *Diritto Amministrativo*, Napoli, 1931;
- FRACCHIA F. – OCCHIENA M., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in www.Giustamm.it;
- FRACCHIA F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3212;
- FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998;
- FRANCESCHELLI V., *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984.
- FUNAIOLI C.A., *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, I, 103;
- GAFFURI F., *Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21-octies della legge 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2014, 8-9, p. 885;
- GAFFURI F., *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006;
- GALETTA D.U., *La legge tedesca sul procedimento amministrativo. Traduzione con testo a fronte e commento introduttivo*, Milano, 2002;
- GALETTA D.U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. Amm.*, n. 4, 2008, p. 757;
- GALETTA D.U., *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in*

materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore, in Foro amm. TAR, fasc.6, 2008, p. 1899;

GARCÍA LUENGO J., *El principio de protección de la confianza*, in Juan Alfonso Santamaría Pastor (a cura di) *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, 2010;

GAROFOLI R. – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2015, Roma, p. 1318)
GASPARRI W., “*Il punto logico di partenza*”. *Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica della espropriazione per p.u.*, Milano, 2004;

GASPARRI W., *Espropriazione per pubblica autorità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico* Milano, 2006, III, p. 2305;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013;

GIANI L., *Articolo 20. Silenzio assenso*, in A. Police - N. Paolantonio - A. Zito (a cura di), *La pubblica Amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005;

GIANI L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005;

GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000;

GIANNINI M.S., *Circolare*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1960, 1;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p. 473;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, p. 481;

GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 395;

GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939;

GIANNINI M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 1963, III, 263;

GIGANTE M., *Il principio della tutela del legittimo affidamento*, in Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 131;

GIGLI A., *La tutela dell'affidamento verso il permesso a costruire: spunti di riflessione*, in *Foro Amm.- C.d.S.*, 2013, n. 3;

GIOVAGNOLI R., *Dia e silenzio assenso dopo la l. 80/2005*, in *Urb. E app.*, 2005, p. 1001;

- GIOVAGNOLI R., *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010;
- GIULIETTI W., *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *www.giustamm.it*, 2012;
- GONZÁLEZ PÉREZ J., *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 2004;
- GRABITZ E., «*Vertrauensschutz als Freiheitsschutz*», *Deutsche Verwaltungsblätter*, Köln, 1973;
- GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riferimento ai contratti*, Padova, 1938;
- GRASSI S., *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, p. 92;
- GRASSO G., *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in *www.sspa.it*, 2006;
- GRECO F., *La responsabilità « extracontrattuale » dell'agenzia di rating nei confronti dell'investitore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, n.5, p. 1452B;
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003;
- GRECO G., *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, fasc.2, p. 645 ;
- GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1999, 1126;
- GRECO G., *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, 375;
- GROSSO G., *Buona fede (in diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Napoli, 1959, p. 661;
- GRÜNER G., *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. amm.*, 2011, fasc.2, p. 273).
- GUICCIARDI E., *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, 47;
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954;
- GUICCIARDI E., *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, III, 66;

GUICCIARDI E., *Recensione a K. H. Schmitt Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (1935), in *Arch. Giur. di Dir. Pubbl.*, 1936;

HAUPT G., *Über faktische Vertragverhältnisse*, vol. 124, in *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Leipzig, 1943;

IACOVELLI D., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*, su *Giur. it.*, 2013,7, p. 1675;

IANNONE F.R., *Responsabilità medica per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali*, in *Giust. civ.* 2013, fasc. 11-12, p. 711;

IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999;

IMMORDINO N. - M.C. CAVALLARO M.C., *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21-septies L. 241/1990*, su *www.giustamm.it*, n. 9/2007;

IUDICA G., *Ripetizione d'indebito e legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, pp. 1181;

JEAN-BAPTISTE W., *L'espérance légitime*, Paris, Fondation Varenne-LGDJ, 2011 p. 165;

KELLNER H., *Auskünfte und Zusagen über künftige Verwaltungsakte*, Diss. Jur., Munster, 1966;

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990;

KISKER G. - PÜTTNER G., *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin/New York, 1974;

LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013;

LAMORGESE A., *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1218;

LAMORGESE A., *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, su *www.giustamm.it*, 2007, n.7;

LANDI G., *Requisizioni*, in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968, p. 487;

- LATELLA D., *I c.d. rapporti contrattuali di fatto*, in www.lexfor.it;
- LEDDA F., *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.*, fasc.11-12, 1999, p. 2713;
- LEHMANN H., *Das «faktische» Vertragsverhältnis*, in *Jherings Jahrbücher*, 90, 1943;
- LEONE G., *Osservazioni sulla responsabilità precontrattuale della p.a. con particolare riguardo alla trattative sciolte senza autorizzazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 123 ss.;
- LIGUGNANA G., *La tutela dell'affidamento del privato nell'ordinamento amministrativo inglese. Il caso delle substantive legitimate expectations*, in D. Corletto, *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007;
- LIPARI N., *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. II, Padova, 1970;
- LONGOBARDI N. - GIULIETTI W., *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it, 2011;
- LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998;
- LUCIANI F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010;
- M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 368 ss.;
- MADDALENA M.L., *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimento: prospettive di tutela tra g.o. e g.a.*, in *Dir. Amm.*, 2007, 586;
- MANDÒ G., *La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in www.duitbase.it;
- MANFREDI G., *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino 2003;
- MANFREDI G., *Le indennità in autotutela*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 163;
- MANGANARO F., *Principio di buona fede ed attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995;
- MANGANARO F., *Ripetizione dell'indebito dal dipendente pubblico e buona fede nella riscossione*, in *Dir. amm.*, 1994, 125;

- MANNORI L. e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001;
- MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979;
- MARCHETTI B. –FALCON G., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013;
- MARENGHI G.M., *Le garanzie nei procedimenti espropriativi*, Torino, 2012;
- MARI G., *L'espropriazione indiretta: la sentenza della corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e le prospettive future*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, n.5, p. 347;
- MARONGIU G., *Statuto del contribuente, affidamento e buona fede*, in *Rass. Trib.*, 2001, 1275;
- MARTINEZ L., *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino, 2008;
- MARTINEZ L., *Legittimo affidamento e buona fede soggettiva nel caso della d.i.a.*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, fasc. 2, p.723;
- MASERA S.R., *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. app.*, 2011, 915;
- MASSERA A., *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, n. 4, p. 707 ;
- MATTARELLA B.G., *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, p. 1993;
- MATTARELLA B.G., *La nuova legge sul procedimento amministrativo. Il Provvedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 469;
- MAZZAMUTO M., *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2011, 896;
- MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008;
- MAZZAMUTO S., *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, fasc.3, p. 713;
- MELE E., *Repetitio indebiti e certezza del diritto*, in *Foro amm.*, 1987, p. 1003 ;
- MENGOLI V., *Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003;

- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 8;
- MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360;
- MERKEL G., *Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der*, Nürnberg, 1962;
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001 (dapprima *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970);
- MERUSI F., *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5;
- MERUSI F., *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2011, fasc. 4, p. 741;
- MIRABELLI G., voce *Negoziio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978;
- MONTEFERRANTE L., *Ai confini del diritto pubblico: revoca e recesso nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Corr. mer.*, n. 3, 2006, p. 367;
- MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, libro IV, Cap. V, su <http://fr.wikisource.org>;
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 1961, I, 157;
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958;
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa* (a cura di E. Cardi e A. Nigro), Bologna, 2002;
- NIGRO M., *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 462;
- NOCCO V., *La responsabilità precontrattuale in particolare quella della p.a.*, in *Nuova rass.*, 1991, 1494;
- ORLANDO V.E., *Le teorie fondamentali*, in *Introduzione al diritto amministrativo*, vol. I del *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società Editrice Libreria, 1897, p. 1;
- ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, IV, Firenze 1910, 384;

- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1211;
- ORSI BATTAGLINI A. - MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubb.*, 1999, 487;
- PAPPANO D., *Potere amministrativo e responsabilità civile. La riconsiderazione delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2008;
- PASCUCCI F., *Accordi tra pubbliche amministrazioni*, in R. Tomei (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005;
- PATRONI GRIFFI F., *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- PERFETTI L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2013, n. 3, p. 309;
- PERFETTI L.R., *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, 5;
- PETIT J. - FRIER P.L., *Droit administratif*, LDGJ, Lextenso éditions, 2013;
- PETRILLO G., *Il doppio limite posto dall'affidamento legittimo nei confronti del legislatore e dell'attività amministrativa in materia tributaria*, in *Dir. e prat. trib.*, 2005, n.2, p. 287;
- PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2005;
- PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990;
- PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963;
- PIGNATELLI N., *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, n. 4, p. 3635;
- PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004;
- PIOGGIA A., *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001;
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1964, 65;
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I-II, Padova, 2000/2001;

- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997;
- POLICE A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, fasc.4, p. 735;
- PONTE D., *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007;
- PORTALURI P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998;
- PROTTO M., *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. e app.*, 1999, 1067;
- PROTTO M., *La natura della responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi*, in *www.lexfor.it*;
- PROTTO M., *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, I, 2001, p. 213;
- PUGLIATTI S., *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, 1961, vol. IX, p. 56 ss.;
- PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 736;
- RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della p.a.*, Napoli, 2000;
- RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000;
- RACCA G.M., voce *Correttezza (Dir. Amm.)*, in S. Cassese (diretto da) *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, II, 1529;
- RAMACCIONI G., *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013;
- RAMAJOLI M. e VILLATA R., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006;
- RAMAJOLI M., *La scia e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329;
- RANELLETTI O., *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928;
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937;
- RASI S.A., *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 510;

- REDOR M.J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit, L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, 1992, 291;
- RENNA M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc.1, p. 270;
- RENNA M. - SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012;
- RENNA M.– SPEZZATI A., *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giur. It.*, 2012, 12;
- RESCIGNO P., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, 1;
- RESCIGNO P., *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, XXIX, p. 160;
- RESTA R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935;
- RICCA L., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965;
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, anno V, 4, 1987, p. 733;
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 4, p. 733;
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, edito nuovamente nel 2004;
- ROMANO A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222;
- ROMANO A., *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417 ss.
- ROMANO S., *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 677;
- ROMANO S., *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Scritti minori*, Milano, 1950;
- ROMANO TASSONE A., *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, fasc.2, p. 209;
- ROMANO TASSONE A., *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. 241/90*, in www.giustamm.it;
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001;

ROSSI G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 661 e ss;

ROSSI G., *Giudice e processo amministrativo*, 14 aprile 2011, in www.giustizia-amministrativa.it;

ROSSI G., *L'attualità di G. D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 1 ss;

ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, 2010;

ROSSI G., *Pubblico e privato nell'economia fine secolo*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo, Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995;

ROSSI G., *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2014, n. 1, p. 39;

SACCO R., voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. I, 1958, p. 661;

SALA G., *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191;

SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993;

SALEMI G., *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica Amministrazione*, Milano, 1912;

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998;

SANDULLI A.M., *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 329;

POLICE A., *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità europee*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 608;

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989;

SANDULLI A.M., *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica Amministrazione*, in *Foro It.*, 1947, LXX, I-61, 938;

SANDULLI M.A., *Dopo la sentenza n. 500/SU del 1999 delle sezioni unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione e sui suoi riflessi rispetto all'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2000, 65;

SANDULLI M.A., *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2013, 6, p. 301 ss.;

SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen., 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS.UU., 23 marzo 2011 n. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *www.federalismi.it*;

SANDULLI M.A., *La s.c.i.a. e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di 'non sincerità' legislativa. Spunti per un forum*, 23 marzo 2011, in *www.federalismi.it*;

SANDULLI M.A., *Le novità in tema di silenzio*, nel *Libro dell'Anno del diritto*, Roma, 2014, p. 219 ;

SANDULLI M.A., *Dalla D.I.A. alla S.C.I.A., una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 6;

SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1906, p.15;

SANTILLI M., *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario fra pubblico e privato*, Milano, 1985;

SANVITI G., *Convenzioni e intese nel diritto pubblico. Strutture e tipi*, Milano, 1978;

SASSANI B., *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.* 2011, 1, 269;

SATTA F., *Accordi (voce)*, in M. Clarich e F. Fonderico (a cura di) *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 8;

SCAVO LOMBARDO L., *Buona fede (dir. can.)*, in *Enc. dir.*, V, 1959, p. 664 ;

SCHWARZ K. A., *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, Baden, 2002;

SCOCA F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, fasc.2, p. 379;

SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, 2013, Torino;

SCOCA F.G., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2012, p. 371;

SCOGNAMIGLIO C., *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, n. 9, p. 1749 e ss;

SCOGNAMIGLIO C., *Tutele dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, n. 6, p. 1949 e ss;

SCOTTI E., *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012;

SEILLER B., *Le droit administratif français et le principe de confiance légitime*, 2010, su <http://dpa.u-paris2.fr>;

SESTINI R., *Legittimo affidamento e certezza giuridica*, su www.agatif.org, p. 9;

SIGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sul potere privato a confronto*, Napoli, 2012;

STAMMATI S., *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, vol. II, p. 665;

STELLA RICHTER G., *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, 151;

STICCHI DAMIANI E., *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1;

STICCHI DAMIANI E., *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, 2007, 195;

STICH R.F., *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*, Diss. Mainz, 1954;

STOLFI G., *Sulla culpa «in contrahendo» dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, 22;

TARULLO S., *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2013, fasc.1-2, p. 149;

TARULLO S., *Le prospettive risarcitorie del danno «ingiusto» cagionato dalla pubblica amministrazione tra il d.leg. 80/98 e la sentenza delle sezioni unite 500/SU/99*, in *Riv. amm.*, 1999, 597;

TARULLO S., *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc.2, p. 437;

THOMAS R., *Legitimate expectations and Proportionality in Administrative law*, Oxford and Portland Oregon, 2000;

TORCHIA L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 832;

- TORIELLO F., *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000;
- TRAVI A., *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro It.*, n. 9/2011, p. 2398;
- TRAVI A., *Dichiarazione inizio attività (dir. amm.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2, Milano 2008);
- TRAVI A., *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005 e l'analisi economica del diritto*, *ivi*, 207 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2004, p. 661;
- TRIMARCHI BANFI F., *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, fasc.1, p. 25;
- TRIMARCHI M., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013;
- TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, n. 4, p. 1005;
- TRIVELLIN M., *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Milano 2009, p. 206 e ss;
- TRUCHET D., *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, 2013;
- VACCARELLA L., *Atti prodromici alla conclusione del contratto e profili di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. app.*, 1990, 790 ss.;
- VAIANO D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 270;
- VELA A., *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, 855;
- VERBARI G.B., *Requisizione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXXIX, Milano, p. 908;
- VIDETTA C., *Corte costituzionale e indennizzo per lesioni alla salute conseguenti a trattamenti vaccinali. Nuove prospettive*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, n. 3, p. 1030;
- VILLATA R. - RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006;
- VIPIANA P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano, 1999;

VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 392;

VON GERBER F., *Sui diritti pubblici*, 1852, trad. it., Milano, 1971;

VON GIERKE O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlino, 1868;

WEBER DÜRLER B., *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1983;

RINGRAZIAMENTI

Vorrei ringraziare il prof. Giampaolo Rossi per avermi dato la possibilità, tre anni fa, di intraprendere il percorso di studio che oggi si conclude con questo lavoro. Grazie per avermi seguito e consigliato, non solo in questo elaborato, ma anche in molte altre occasioni di studio, e per avermi al contempo lasciato piena libertà sia nella scelta degli argomenti della ricerca che nell'espressione delle mie considerazioni sul tema.

Ringrazio il prof. Danilo Pappano, la prof. ssa Aretta Benedetti e il prof. Federico Dinelli per aver dedicato del tempo alla lettura di questa tesi e per avermi dato preziosi consigli. In ugual modo sono debitrice dei suggerimenti illuminanti del prof. Francesco Fonderico.

Un grazie particolare va ai professori Benoît Delaunay, Marcos Almeida Cerreda e Giovanni Maria Caruso, per avermi consentito di acquisire la qualifica di “dottore Europeo” e alla dott.ssa Marina Krivitzky per avermi accolto con grande disponibilità nella biblioteca da Lei diretta a Parigi.

Sono grata ai dottorandi, o meglio amici, Francesco Grassi, Vincenzo Davide Greco e Omar Hagi per avermi offerto il loro aiuto e segnalato interessanti sentenze sul tema, così come a tutti gli altri colleghi con cui ho condiviso questo percorso, *in primis* la cara Enrica Blasi.

Un grazie enorme al dott. Stefano Passera, la cui disponibilità e gentilezza, dimostrata in questi tre anni, si è accompagnata alla competenza, che mi ha permesso di uscire indenne dalle cavillosità burocratiche che l'esperienza all'estero comporta.

Infine, non posso non ringraziare la famiglia e gli amici più cari. Senza di voi questo traguardo non sarebbe stato possibile.