La tutela dell’affidamento
spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?\*\*

Da diversi anni la Corte di cassazione afferma che le controversie relative ai danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, poi legittimamente annullato, rientrino nella giurisdizione del giudice ordinario “perché ha ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo pretensivo, bensì di un diritto soggettivo”. Di recente, sempre la Corte di cassazione, ha stabilito che spetta al giudice ordinario anche la controversia nella quale si discute dei (possibili) danni legati alla “violazione dell’affidamento ingenerato dall’amministrazione ... in un determinato esito, favorevole ... del procedimento” a prescindere dall’esistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato. Lo scritto intende dimostrare che tale principio può legarsi a posizioni sia di diritto soggettivo sia di interesse legittimo con le relative conseguenze sul riparto di giurisdizione. Ragionando diversamente si realizza un vero e proprio gioco degli specchi rimanendo alterata l’effettiva natura della situazione giuridica vantata dal ricorrente.

Premessa introduttiva

“‘Na vota mi capitò di vidiri ‘na pillicola di Orson Welles nella quali c’era ‘na scena che si svolgiva dintra a ‘na cammara fatta tutta di specchi e uno non accapiva cchiù indove s’attrovava, pirdiva il senso dell’orientamento e cridiva di parlari con uno che gli stava davanti mentre ‘nveci quello era darrè a lui”[[1]](#footnote-1).

Con la sentenza 28 aprile 2020, n. 8236, la Corte di cassazione ha deciso relativamente ad una vicenda che ha avuto inizio nel giugno 2012 con la presentazione di un progetto preliminare di massima per la realizzazione di un complesso alberghiero. A seguito di un’intensa interlocuzione con l’amministrazione comunale e la presentazione di un piano attuativo comunale (PAC), nel giugno 2014 il comune informava la società interessata che la commissione urbanistica aveva espresso parere favorevole. Nei mesi successivi, d’intesa con l’amministrazione, la società chiedeva l’archiviazione del PAC e contestualmente presentava richiesta di rilascio del permesso di costruire e domanda di deroga alle norme urbanistiche comunali. Sviluppato ulteriormente l’iter procedimentale, il comune domandava un parere alla regione sulla compatibilità del progetto con il piano per l’assetto idrogeologico e, dopo aver ricevuto risposta per cui non era consentita la realizzazione di locali interrati o seminterrati, procedeva ad adottare una variante urbanistica e poi a rappresentare all’istante la “non applicabilità delle deroghe alla erigenda costruzione alberghiera”, oltre che l’opportunità di attendere un ulteriore parere regionale, sollecitato sempre dal comune.

Così ricostruita la vicenda, e non potendo accedere agli atti del processo, va dato per presupposto che nella fattispecie decisa la domanda attorea “risulta fondata, in sostanza, sul fatto che il comune ha provveduto negativamente sulla suddetta istanza dopo aver tenuto per lungo tempo comportamenti che, nella prospettazione dell’attrice, avrebbero ingenerato un incolpevole affidamento in un esito positivo del procedimento concessorio” (par. 15 della motivazione). La *causa petendi* non è dunque l’inosservanza del termine procedimentale, bensì la violazione dell’affidamento ingenerato dall’amministrazione comunale in un determinato esito, favorevole alla società attrice, del procedimento (ancora par. 15 della motivazione).

All’esito di un complesso iter motivazionale, la Corte stabilisce che la controversia spetta al giudice ordinario trattandosi di domande relative al risarcimento del danno da lesione dell’affidamento e che tale conclusione si impone, oltre che nei casi in cui viene legittimamente annullato il precedente provvedimento ampliativo illegittimo, anche, “con maggior forza”, nel caso in cui “nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell’amministrazione” (par. 34 della motivazione), trattandosi di valutare se la condotta del comune sia stata “difforme dai canoni di correttezza e buona fede, priva di collegamento, anche solo mediato, con l’esercizio (*mai attuato*) del potere amministrativo” (par. 35 della motivazione).

Risulta chiaro che la vicenda nel merito non si è conclusa e che il giudice (appunto del merito) dovrà valutare se vi è stato danno. Non è questa la sede per comprendere se effettivamente la parte possa aver risentito di un pregiudizio economico (la valutazione deve necessariamente legarsi alle circostanze del caso concreto che non si conoscono), tuttavia, occorre mettere in guardia rispetto a pretese, aspettative e danni legati, non ad attività illegittime, ma a un “incolpevole affidamento in un esito positivo del procedimento concessorio”. Anche la dottrina cui ha attinto la Corte di cassazione, infatti, ha chiarito che “il regime giuridico dell’attività svolta dalla parte pubblica tendenzialmente esclude la rilevanza di comportamenti che non si manifestino in atti formali, e questi ultimi sono valutati secondo i parametri della legittimità”[[2]](#footnote-2). Correttamente, dunque, è stato da altri affermato che “appaiono piuttosto circoscritte le ipotesi in cui realisticamente potranno trovare soddisfacimento domande risarcitorie di questa natura” anche in considerazione del rischio di “estensione sproporzionata della responsabilità”[[3]](#footnote-3).

La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione

Prima di passare all’esame dei punti della motivazione che non convincono, sembra utile evidenziare che, con la sentenza in commento, la Corte di cassazione ha affermato - così consolidando un indirizzo inaugurato qualche anno fa[[4]](#footnote-4) - l’orientamento per cui la responsabilità della pubblica amministrazione ha natura contrattuale da contatto qualificato. Il contatto che si realizza nel procedimento amministrativo “deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni ‘in conformità dell’ordinamento giuridico’ (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile” (par. 33 della motivazione).

Chi scrive è da tempo convinto dell’opportunità di inquadrare la responsabilità della pubblica amministrazione da atto illegittimo nello schema della responsabilità da contatto[[5]](#footnote-5).

In primo luogo, infatti, non è inutile ricordare che nel procedimento amministrativo si realizza un vero e proprio “contatto qualificato”; tale contatto, pur non obbligando l’amministrazione ad eseguire una prestazione, certamente impone alla parte pubblica il rispetto di essenziali regole di “relazione”, sicuramente rilevanti dal punto di vista giuridico.

In secondo luogo, siffatta relazione, si ripete giuridicamente rilevante, dimostra che, violando le regole dell’azione amministrativa e del provvedimento amministrativo, la parte pubblica ignora norme ben più precise e circostanziate del generico dovere di *neminem laedere*. L’interesse a partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell’amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l’aspettativa, costituisce la vera essenza del rapporto tra il privato e l’amministrazione.

In terzo luogo, va evidenziato che il ruolo istituzionale dell’amministrazione impone di ricercare la responsabilità all’interno dello schema della responsabilità da contatto, così come la giurisprudenza della Corte di cassazione ha fatto tutte le volte in cui si è trovata dinnanzi ad un soggetto che svolge in modo professionale la sua attività (si ricordi quanto affermato, prima della riforma della responsabilità sanitaria, circa la responsabilità del medico[[6]](#footnote-6), nonché circa la responsabilità del banchiere[[7]](#footnote-7), del mediatore[[8]](#footnote-8), dell’insegnante[[9]](#footnote-9), ecc.).

In quarto luogo, così ragionando, diventa coerente la giurisprudenza amministrativa, senza dubbio da condividere, che in presenza di provvedimento illegittimo presume la colpa dell’amministrazione, riversando su quest’ultima l’onere di provare la diligenza con un meccanismo più vicino alle regole sancite dagli artt. 1218 e 1176 c.c., e dunque alla responsabilità contrattuale da “contatto”, piuttosto che a quelle previste dall’art. 2043 c.c. in combinato disposto con l’art. 2697 c.c.[[10]](#footnote-10). Ci si pone in linea, peraltro, con quanto di recente stabilito dalle Sezioni Unite[[11]](#footnote-11).

Ricostruire la responsabilità della pubblica amministrazione quale responsabilità da contatto qualificato, come già detto in passato[[12]](#footnote-12), non vale a trasformare in modo innaturale la posizione del privato da interesse legittimo a diritto soggettivo. Al contrario, serve a dare il giusto risalto all’importanza del potere amministrativo (necessario per perseguire doverosamente l’interesse pubblico), senza la mediazione del quale, non può adeguatamente valutarsi la posizione del privato. Valorizzare la relazione è importante per conservare la categoria dell’interesse legittimo che indiscutibilmente nasce, e si confronta, con il potere pubblico. “Non c’è nulla che il soggetto privato debba aspettarsi dalla pubblica amministrazione, tranne la correttezza del suo operato” e tali obblighi “non nascono dal semplice contatto procedimentale bensì specificamente dallo status della p.a. che impone ad essa di agire in maniera legittima” creandosi dei veri e propri “obblighi di protezione” quale corollario del principio di buona fede[[13]](#footnote-13). Ciò, sotto altro e concomitante profilo, meglio spiega e giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo: se, come ritiene chi scrive, si tratta di responsabilità inerente alla violazione degli obblighi di relazione intercorrenti tra l’amministrazione e il privato, la giurisdizione non può che essere del giudice amministrativo, sgombrando il campo ad ogni ipotesi di ricostruzione in termini di diritti soggettivi[[14]](#footnote-14).

Il principio dell’affidamento

Passando ora all’esame dei punti della motivazione che riguardano il riparto di giurisdizione, va osservato che nell’oramai storica voce “Affidamento”, scritta da Rodolfo Sacco nel 1958 per l’Enciclopedia del diritto, l’illustre autore affermava che “con l’espressione ‘principio dell’affidamento’ si indica quella regola, secondo cui, rispettivamente, una certa situazione di fatto o diritto è inoperante se non è nota ad un determinato soggetto, o se è contrastata da un’opposta apparenza, o dalle risultanze degli indici di pubblicità; e, reciprocamente, tutto procede come se la situazione di fatto o diritto fosse quella erroneamente ritenuta da un certo soggetto, o quella apparente, o quella risultante dall’indice di pubblicità”[[15]](#footnote-15).

Sovente nel diritto civile ci si imbatte nel principio dell’affidamento ora per dare, a determinate condizioni, rilevanza alla situazione apparente rispetto a quella reale (si pensi alla tematica della rappresentanza apparente o della società apparente[[16]](#footnote-16)), ora per garantire alle parti coinvolte nelle trattative contrattuali o destinatarie di determinate dichiarazioni contrattuali[[17]](#footnote-17) di poter fare affidamento sull’altrui comportamento o sull’altrui dichiarazione.

Emerge con evidenza, in una prospettiva tutta civilistica, che si tratta di un “principio” esistente in differenti settori del diritto privato. Anche la dottrina più recente qualifica l’affidamento in termini di “principio”[[18]](#footnote-18) ritenendo che “assurga a fondamento generale del valore del negozio”[[19]](#footnote-19). È chiaro poi che la teorica dell’affidamento risulta strettamente intrecciata con il canone di buona fede in senso oggettivo[[20]](#footnote-20) nel quale la dottrina e la giurisprudenza, ormai consolidate, rinvengono il fondamentale parametro di regolazione delle relazioni intersoggettive disciplinate dal diritto privato.

Sul versante pubblicistico, non v’è dubbio che negli ultimi decenni vi sia stato un ampio riconoscimento del principio dell’affidamento, soprattutto, ma non solo, nell’attività amministrativa di secondo grado[[21]](#footnote-21). Anche la giurisprudenza ha ribadito, più volte, la centralità del principio dell’affidamento, in relazione a fattispecie eterogenee[[22]](#footnote-22), occupandosi di recente del provvedimento di annullamento d’ufficio[[23]](#footnote-23) e dell’ordine di demolizione di un immobile abusivo a distanza di tempo[[24]](#footnote-24).

Attenta dottrina ha di recente distinto l’affidamento legittimo dall’affidamento incolpevole, ove il primo ha come paradigma la fattispecie dell’annullamento d’ufficio dell’atto amministrativo illegittimo, mentre il secondo prende a riferimento la tutela garantita dal diritto civile, con conseguente diversità “per struttura e per finalità”[[25]](#footnote-25). L’affidamento legittimo, infatti, riguarda essenzialmente l’attività di secondo grado, e in particolar modo (ma non solo) l’annullamento d’ufficio, imponendo all’amministrazione di comunicare l’avvio del procedimento, nel rispetto delle relative regole, e di prendere nella debita considerazione anche l’interesse della parte (e dei controinteressati) a mantenere il provvedimento di primo grado. In tale contesto l’affidamento, più che una situazione giuridica soggettiva, è un principio - da declinare in precise regole d’azione - che l’amministrazione deve rispettare nell’adozione dell’atto di secondo grado, principio che, se violato, porta all’illegittimità dell’atto di annullamento, alla lesione dell’interesse legittimo (la posizione è infatti unica) e a possibili conseguenze anche di tipo risarcitorio da attivare innanzi al giudice amministrativo.

L’attenzione per l’affidamento riposto dal privato nel provvedimento amministrativo è testimoniata, inoltre, dagli interventi legislativi di modifica degli artt. 21-*quinquies* e 21-*novies*, L. 7 agosto 1990, n. 241. Nell’ottica di una rinnovata valorizzazione dell’affidamento riposto dai privati nella stabilità delle situazioni giuridiche soggettive, il D.L. 12 settembre 2014, n. 133, ha infatti previsto non soltanto l’esclusione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici dal novero degli atti revocabili sulla base di una nuova valutazione dell’interesse pubblico originario ma anche il disconoscimento del potere di disporre la cessazione *ex nunc* degli effetti del provvedimento di primo grado nell’ipotesi di mutamenti fattuali prevedibili[[26]](#footnote-26).

Quanto invece al bilanciamento fra l’aspettativa individuale al consolidamento delle posizioni giuridiche di vantaggio (*affidamento*) e gli scopi di interesse pubblico sottesi alla rimozione in autotutela degli atti illegittimi, l’art. 6, L. 7 agosto 2015, n. 124 ha subordinato all’osservanza di un termine decadenziale pari a diciotto mesi l’annullamento d’ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, ivi incluse le ipotesi in cui l’accoglimento dell’istanza consegua al silenzio assenso dell’amministrazione (art. 21-*novies*, comma 1, L. n. 241 del 1990). Per converso, il medesimo art. 6, L. n. 124 del 2015, nel disporre l’introduzione del nuovo comma 2-*bis* dell’art. 21-*nonies*, ha stabilito che, in ragione del venir meno delle esigenze di tutela del legittimo affidamento individuale, il potere di autoannullamento non si esaurisce con il decorso del suddetto termine di diciotto mesi, ove i provvedimenti di primo grado siano stati adottati “sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell’atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato”[[27]](#footnote-27).

Di recente per fronteggiare l’emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus Covid-19, il legislatore ha introdotto una disciplina a tempo, che deroga alle regole generali previste dalla L. n. 241 del 1990. Il D.L. 19 maggio 2020, n. 34, recante “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19”, ha infatti modificato i presupposti sostanziali e cronologici di esercizio dei poteri di autotutela decisoria con esito eliminatorio, coordinando altresì la portata di tali misure derogatorie con la disciplina generale della segnalazione certificata di inizio attività[[28]](#footnote-28).

È chiaro dunque che il principio dell’affidamento, oltre ad avere una solida base teorica, è ben conosciuto dal legislatore che lo ha affermato in via generale e lo ha poi specificato in relazione ad esigenze concrete e contingenti.

Ritornando alla distinzione tra i diversi tipi di affidamento e soffermandoci ora sul c.d. “affidamento incolpevole”, per la dottrina[[29]](#footnote-29), deve essere ricondotto all’osservanza, anche nel diritto amministrativo, del canone della buona fede, come avviene nei casi di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, e prende consistenza solo dopo che si è realizzata la sua violazione con conseguente danno per la parte[[30]](#footnote-30).

Sulla possibilità di applicare il principio di buona fede anche nel diritto amministrativo, a giudizio di chi scrive, non devono esserci dubbi, soprattutto dopo che le Sezioni Unite, recependo le indicazioni della dottrina, hanno correttamente ricondotto l’obbligo di buona fede al dovere inderogabile di solidarietà sociale tutelato dall’art. 2 Cost.[[31]](#footnote-31).

Affidamento, buona fede e correttezza

Il percorso sin qui svolto porta ad affermare che il principio dell’affidamento può riguardare posizioni giuridiche soggettive ora qualificabili di diritto soggettivo ora di interesse legittimo. L’affidamento, laddove applicabile, serve infatti a dare contenuto alla relazione giuridicamente rilevante di diritto o interesse.

Ed invero, l’affidamento può essere riferito ai diritti soggettivi - come, ad esempio, nel caso della disciplina dell’errore contrattuale o più in generale delle dichiarazioni contrattuali o della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione - o agli interessi legittimi, tali essendo, ad esempio, quelli che si trovano coinvolti nell’attività di secondo grado dell’amministrazione.

La Corte di cassazione avverte che l’affidamento incolpevole che intende tutelare è cosa diversa dall’affidamento legittimo, la cui forma tipizzata si rinviene nella disciplina dell’annullamento d’ufficio, tanto da definirlo come “una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l’interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta” (par. 28.2). È palese il riferimento alla dottrina prima citata[[32]](#footnote-32), tuttavia non viene spiegata in modo convincente la ragione per cui l’affidamento incolpevole costituisca una situazione giuridica soggettiva[[33]](#footnote-33) - dobbiamo desumere diversa dall’interesse legittimo e dal diritto soggettivo ma a quest’ultimo assimilabile - né è chiaro perché la tutela di questa nuova situazione giuridica soggettiva spetti sempre, e comunque, al giudice ordinario.

La circostanza poi che la tutela dell’affidamento rientri tra i principi comunitari è utile per ribadirne l’importanza, ma nulla aggiunge quanto al profilo del riparto di giurisdizione.

Peraltro, come ricordato dalla Corte stessa, le ipotesi maggiormente descrittive del principio dell’affidamento (artt. 2-*bis*, 21-*quinquies* e 21-*novies*, L. n. 241 del 1990) sono tutte ipotesi in cui vi è “esercizio del potere amministrativo”, tanto da esser prevista la giurisdizione del giudice amministrativo, così smentendo l’idea che “il diritto amministrativo paritario” (richiamato al par. 30.2), permeato dai principi di correttezza e buona fede, debba necessariamente fondare posizioni di diritto soggettivo.

Brevi osservazioni

L’affidamento, si ripete, può riguardare attività e settori disparati, per cui tale principio, a volte, si troverà a regolare posizioni inerenti a diritti soggettivi (come nel caso dei contratti stipulati tra il privato e l’amministrazione o delle trattative contrattuali), altre volte posizioni riferibili a interessi legittimi. Nell’uno e nell’altro caso il principio dell’affidamento contribuisce ad individuare l’esatta consistenza del rapporto (della “relazione giuridicamente rilevante”) e a qualificare l’azione amministrativa, senza che ciò comporti però una trasformazione dell’interesse legittimo in diritto soggettivo o viceversa.

Detto in altri termini, se l’amministrazione facendo cattivo uso delle regole dettate per l’annullamento dei provvedimenti amministrativi, viola il principio dell’affidamento adottando un atto illegittimo, ciò non vale a trasformare l’interesse del privato in diritto soggettivo, neppure attraverso il ricorso all’idea dell’incolpevole affidamento, ma solo a fornire al giudice amministrativo il parametro alla cui stregua va condotto il sindacato di legittimità e, eventualmente, il giudizio risarcitorio connesso. Già da tempo la dottrina ha chiarito che la norma giuridica può “essere contemplata” quale “canone di valutazione di una condotta” e anche per “estrarre dalla norma la condotta ch’essa descrive e [di] collegare alla medesima la valutazione normativa”[[34]](#footnote-34) in termini di atto lecito, doveroso, legittimo, ecc.

Richiamando i suoi precedenti giurisprudenziali - per il vero non univoci[[35]](#footnote-35) - in tema di legittimo annullamento d’ufficio di un precedente atto illegittimo, la Corte di cassazione afferma invece che la lesione di cui si discute è costituita dalla sequenza individuabile nell’emanazione dell’atto favorevole illegittimo, dall’incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità e dal successivo (legittimo) annullamento dell’atto stesso. Per la Corte non ci troveremmo di fronte alla violazione di regole di diritto pubblico, ma alla violazione “delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell’amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità ... per il comportamento complessivamente tenuto” (par. 26 della motivazione).

Sempre per la Corte non si tratterebbe di “comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere”, ai sensi dell’art. 7, comma 1, c.p.a., con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo. Quando il comportamento della pubblica amministrazione “abbia leso l’affidamento del privato, perché non conforme ai canoni di correttezza e buona fede, non sussiste alcun collegamento, nemmeno mediato, tra il comportamento dell’amministrazione e l’esercizio del potere” (par. 27.1), collocandosi detto comportamento in una “dimensione relazionale” nella quale si stagliano, accertata la violazione degli obblighi di trasparenza, attenzione e diligenza, “diritti soggettivi di stampo privatistico” (ancora par. 27.1).

Gli argomenti della Corte di cassazione non convincono.

Non può essere accolta invero la nozione, particolarmente ristretta, di comportamento riconducibile anche mediatamente all’esercizio del potere pubblico. Per la Cassazione dovrebbe aversi riguardo alla sequenza - (1) provvedimento ampliativo illegittimo, (2) incolpevole affidamento, (3) legittimo annullamento in autotutela - che esprime una dimensione diversa da quella propriamente pubblicistica perché relativa solo al rispetto dei canoni di buona fede e correttezza. Così opinando, però, si smarrisce il senso complessivo dell’agire amministrativo, che almeno in due dei tre momenti indicati - precisamente il momento dell’adozione dell’atto ampliativo illegittimo e il momento della decisione legittima di annullarlo in autotutela - è certamente di tipo pubblicistico, indiscutibilmente legato alla cura di interessi pubblici, tanto da tradursi nell’adozione di (veri e propri) provvedimenti amministrativi. A differenza di quanto ritenuto dalla Corte, dunque, si manifesta un vero e proprio esercizio di potere. L’elemento di mezzo - l’(incolpevole) affidamento - non è, né può esserlo, in grado di spostare la vicenda dal piano pubblicistico a quello prettamente privatistico e dei diritti soggettivi.

Vale la pena ricordare inoltre che, per la Corte costituzionale, “nelle ipotesi in cui i ‘comportamenti’ causativi di danno ingiusto ... costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi ... e sono quindi riconducibili all’esercizio del pubblico potere dell’amministrazione … costituendo anche tali ‘comportamenti’ esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione”[[36]](#footnote-36). Gli unici comportamenti non idonei a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo sono quelli “posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto”. Ragionando diversamente verrebbe frustrata l’esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice, il giudice amministrativo, la tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica[[37]](#footnote-37).

Anche il passaggio in cui la Corte si sposta dalla lesione dell’affidamento ai canoni di correttezza e di buona fede desta perplessità. Naturalmente non si vuole in questa sede mettere in discussione il principio, che anzi occorre ribadire, per cui l’amministrazione è tenuta a rispettare i canoni della correttezza e della buona fede. Sfugge, tuttavia, il modo in cui la violazione di tali parametri possa automaticamente trasformare gli interessi legittimi in diritti soggettivi.

Quando il piano è pubblicistico, infatti, la soggezione dell’amministrazione al generale canone della buona fede, non può valere - come sopra chiarito - a trasformare l’interesse legittimo in diritto soggettivo: nell’attività contrattuale della pubblica amministrazione, ad esempio, non si dubita che, a fronte di atti illegittimi della procedura di evidenza pubblica, oltre alla responsabilità precontrattuale, possa configurarsi anche la lesione di interessi legittimi pretensivi tutelabili innanzi al giudice amministrativo[[38]](#footnote-38) con l’ordinario giudizio di annullamento degli atti.

Occorra ora collegare le questioni sino a qui affrontate alla nozione di situazione giuridica soggettiva in considerazione delle affermazioni fatte dalla Corte circa la qualificazione dell’affidamento come situazione giuridica soggettiva autonoma.

Anche se non vi è un’unanimità di vedute, col termine situazione giuridica soggettiva per la dottrina si intende “il risultato della ... valutazione discrezionale che l’ordinamento fa dei vari interessi ed in particolare di quelli ritenuti meritevoli di tutela”[[39]](#footnote-39) o le “posizioni di vantaggio o di svantaggio in cui il soggetto è collocato dall’ordinamento in ordine ai vari interessi”[[40]](#footnote-40). Dopo aver distinto tra situazioni attive e passive, la dottrina colloca tra le situazioni attive i diritti soggettivi, le facoltà, le aspettative, gli stati e i poteri giuridici[[41]](#footnote-41).

Appare chiaro, dunque, che l’affidamento riposto nel provvedimento ampliativo illegittimo (successivamente annullato legittimamente) o nell’esito “favorevole ... del procedimento”, a prescindere dall’esistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, può contribuire a dare contenuto all’interesse legittimo riscontrabile in capo al privato, ma non anche fondare un’autonoma posizione qualificabile in termini di diritto soggettivo.

Invero, l’interesse di chi aspira ad ottenere un titolo ampliativo (come nel caso di specie) non si scompone in tante situazioni giuridiche soggettive quante sono le norme che regolano il procedimento amministrativo - comunicazione di avvio del procedimento, comunicazione del nominativo del responsabile del procedimento, soccorso istruttorio, acquisizione degli interessi coinvolti, compimento di un’istruttoria completa, comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento, buona fede, ecc. - ma rimane un unico interesse legittimo tutelabile in sede giurisdizionale qualora si riscontri la violazione di tali norme.

Se il rapporto tra privato e pubblica amministrazione è invece riferibile al piano paritetico, o a quello contrattuale, ci si trova innanzi a diritti soggettivi, come peraltro affermato anche dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella materia della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione[[42]](#footnote-42).

Nel caso esaminato dalla Corte, poi, mancando proprio il piano privatistico, non si può utilizzare la teorica della responsabilità precontrattuale. Invocare il rispetto del principio di buona fede e qualificare la corrispondente posizione giuridica in termini di diritto soggettivo è corretto se ci si trova nella fase delle trattative precontrattuali e nella cornice civilistica delineata dagli artt. 1337 e 1338 c.c., mentre risulta del tutto fuorviante quando l’amministrazione, come nel caso preso in considerazione dalla sentenza in questione, non sta agendo quale parte di un (futuro) contratto, ma sta facendo unicamente uso dei suoi poteri autoritativi nella cornice della L. 7 agosto 1990, n. 241[[43]](#footnote-43) e del procedimento avviato per il rilascio di un titolo urbanistico-edilizio.

Detto in altri termini, i richiamati obblighi di trasparenza, attenzione e diligenza, nell’attività di tipo pubblicistico si concretizzano essenzialmente nell’osservanza delle regole poste dalla L. 7 agosto 1990, n. 241 e non è possibile immaginare che la posizione si trasformi in diritto soggettivo. “Confidare ragionevolmente nel positivo esito” (par. 20 della motivazione) dell’istanza urbanistico/edilizia avanzata non trasforma l’interesse legittimo di tipo pretensivo in diritto soggettivo - quand’anche l’amministrazione abbia agito in violazione del principio dell’affidamento e della buona fede - perché è coinvolto l’esercizio del potere amministrativo. Se si accettasse il diverso punto di vista, una volta affermata l’esistenza dell’affidamento basato sulla buona fede, dovremmo concludere che nei rapporti con l’amministrazione vi sono solo posizioni di diritto soggettivo anche quando viene in rilievo un’attività autoritativa e discrezionale.

Convincono maggiormente le parole di acuta dottrina quando affermano che “le pretese, o ‘facoltà’, partecipative sono strumenti di sostegno, e di esercizio, nel procedimento, dell’interesse legittimo, di cui sono titolari i privati”[[44]](#footnote-44), facendo sorgere “difficilmente superabili dubbi sulla costruzione di tali pretese (o tali facoltà, o tali interessi) come diritti soggettivi”[[45]](#footnote-45).

In conclusione, non si vuole quindi negare che debba esserci “un giudice a Berlino” e che questo giudice debba verificare se effettivamente il privato abbia subito un danno a causa del comportamento ondivago dell’amministrazione; tuttavia il collegamento con l’interesse pubblico perseguito dall’amministrazione, ed emergente proprio nel lungo iter procedimentale, porta a qualificare la posizione in termini di interesse legittimo e a radicare, a prescindere dall’esistenza della giurisdizione esclusiva, la controversia innanzi al giudice amministrativo.

Ritornando alla camera degli specchi citata in premessa, sembra allora che il comportamento dell’amministrazione (a tutto concedere) lesivo di interessi legittimi pretensivi - e come tale tutelabile innanzi al giudice amministrativo anche in sede risarcitoria - sia stato trasformato dal primo specchio in violazione dell’affidamento, dal secondo specchio in affidamento incolpevole da tenere distinto dall’affidamento legittimo, dal terzo specchio in inosservanza dei canoni di buona fede e correttezza e, infine, dal quarto specchio in violazione di un diritto soggettivo, giungendo così ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia che verte sull’esercizio di poteri autoritativi dell’amministrazione.

**Vincenzo Neri**

**Consigliere di Stato**

Pubblicato il 7 gennaio 2021

1. \* Scritto pubblicato nella rivista Urbanistica e Appalti, 2020, fascicolo 6, p. 724 e segg.

\*\* Il presente contributo esprime opinioni personali dell’autore e non impegna l’Istituto cui appartiene.

 A. Camilleri, *Il gioco degli specchi*, Palermo, 2011, 64. [↑](#footnote-ref-1)
2. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 827. Esattamente G. Tulumello, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la “resistibile ascesa” del contatto sociale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, rileva che “ipotizzare che un privato possa riporre affidamento (nell’accoglimento della pretesa) in un atteggiamento procedimentale benevolo o collaborativo dell’amministrazione, significa ridurre il procedimento amministrativo ad un’attività relazionale a forma libera, in contrasto con la sua disciplina”. [↑](#footnote-ref-2)
3. G. Urbano, *Al GO il risarcimento per lesione dell’affidamento da parte della Pa*, in *Guida dir.*, 2020, 30, 66, ove giustamente si aggiunge che “la volontà dell’amministrazione non è una volontà soggettiva, ma procedimentale, oggettiva e documentale”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amm. CDS*, 2003, 479; in *Corr. giur.*, 2003, 5, 586, con nota di Lamorgese; in *Danno e resp.*, 2003, 477, con nota di Conti; in questa *Rivista*, 2003, 8, 895, con nota di Sciascia; in *Studium juris*, 2003, 1378, con nota di Scalera; in *Dir. e formazione*, 2003, 401; in *Dir. e formazione*, 2003, 888, con nota di Cintioli; in *D&G*, 2003, 6, 38, con nota di Abbamonte; in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 1, 43; in *Riv. giur. ed.*, 2003, I, 315; in *Danno e resp.*, 2003, 477, con nota di Conti; in *Foro it.*, 2003, I, 78, con nota di Fracchia; in *Riv. Corte Conti*, 2003, 1, 317. La tesi della responsabilità da contatto qualificato della P.A. nei confronti del privato è stata successivamente accolta da Cons. Stato, Sez. V, decisione 2 settembre 2005, n. 4461; Cons. Stato, Sez. VI, decisione 18 marzo 2008, n. 1137; Cons. Stato, Sez. IV, decisione 12 marzo 2010, n. 1467. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sia consentito il rinvio a V. Neri, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a venti anni dalla sua pubblicazione*, in questa *Rivista*, 2019, 5, 610, nonché V. Neri, *il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?*, in questa *Rivista*, 2018, 6, 747. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Il civilista*, 2010, 2, 86; in *Il civilista*, 2009, 4, 94, con nota di Battaglia; in *Riv. it. medicina legale* (dal 2012 *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*), 2001, 830, con nota di Fiori - D’Aloja; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 334, con nota di Thiene; in *Studium Juris*, 2000, 595; in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con nota di Di Ciommo - Lanotte; in *Giust. civ.*, 1999, I, 999; in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 141; in *Resp. civ. prev.*, 1999, 652, con nota di Forziati; in *Contratti*, 1999, 999, con nota di Guerinoni; in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di Di Majo; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di Carbone; in *Ragiusan*, 1999, 183-4, 296. La tesi della natura contrattuale da contatto sociale qualificato della responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente è stata successivamente confermata da Cass. Civ., SS.UU., 15 gennaio 2008, n. 577, in *Il civilista*, 2010, 2, 86; in *Giust. civ.*, 2009, 11, I, 2532; in *Il civilista*, 2008, 11, 86, con nota di Pulice; in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1, 32; in *Foro amm. CDS*, 2008, 1, I, 91; in *D&G online*, 2008; in *Foro it.*, 2008, 2, I, 455; in *Ragiusan*, 2008, 289-290, 210. M. Gorgoni, *Nota a Cassazione civile, 11 gennaio 2008, n. 577, SS.UU. Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 4, 856. L’orientamento della Cassazione è stato superato dalla legge c.d. Gelli - Bianco, n. 24 dell’8 marzo 2017 che all’articolo 7, comma 3, stabilisce: “L’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell’esercente la professione sanitaria ai sensi dell’articolo 5 della presente legge e dell’articolo 590 *sexies* del codice penale, introdotto dall’articolo 6 della presente legge”. Sulla L. n. 24 del 2017 si vedano: R. Simone, *Prospettive della responsabilità sanitaria alla luce della c.d. legge Gelli-Bianco (l. 24/2017). Il punto di vista, da vicino, del giudice*, in *Responsabilità medica: diritto e pratica clinica*, 2018, 2, 151; C. Papa - C. Lozupone, *La legge Gelli-Bianco. Un momento ulteriore di riflessione verso un approccio sistemico* risk-based, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2018, 2, 189; L. Bugiolacchi, *Le strutture sanitarie e l’assicurazione per la R.C. verso terzi: natura e funzione dell’assicurazione obbligatoria nella legge 24/2017 legge Gelli-Bianco*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 3, 1032; M. Colacurci, *La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione “correttiva” della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2017, 3, 1155; A. De Santis, *La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco*, in *Studium Juris*, 2017, 7-8, 790. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 21 maggio 2018, n. 12478. Nello stesso senso anche Cass. Civ., SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 161, con nota di Muccioli; in *Il civilista*, 2009, 4, 93 nota di Battaglia; in *Foro it.*, 2008, 10, I, 2968, con osservazione di Sabbatini; in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 6; in *Dir. prat. soc.*, 2007, 22, 60, con nota di Amabili; in *Guida dir.*, 2007, 29, 42, con nota di Sacchettini; N. Ciocca, *Nota a Cass., SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712. Responsabilità della banca girataria per l’incasso per il pagamento di assegno (di traenza) non trasferibile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 5, 567. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382, in *Il civilista*, 2011, 3, 55, con nota di Mazzaro; in *Arch. locazioni*, 2010, 2, 152, con nota di Chiarini; in *Vita not.*, 2009, 3, 1446; in *Guida dir*., 2009, 35, 20, con nota di Piselli; in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 7-8, 1089. A. Sesti, *Nota a Cass., Sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382. Responsabilità aquiliana del mediatore-mandatario nei confronti del soggetto promissario acquirente del bene*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 11, 2286. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Danno e resp.*, 2003, 46, con nota di Lanotte; in *D&G*, 2002, 33, 19, con nota di Rossetti; in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414; in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1107; in *Studium Juris*, 2002, 1514; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 264, con nota di Barbanera; in *Foro it.*, 2002, I, 2635, con nota di Di Ciommo; G. Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 4-5, 1022. [↑](#footnote-ref-9)
10. In base alle regole ordinarie in materia di responsabilità *ex* art. 2043 c.c., anche per l’accertamento della responsabilità della P.A. è necessario provare l’esistenza dell’elemento soggettivo dell’illecito, ossia il dolo o la colpa della P.A. intesa come apparato. Per quanto concerne la consistenza dell’onere probatorio incombente sul privato circa la dimostrazione della colpa della P.A., la giurisprudenza amministrativa più recente è ormai orientata nel senso di ritenere che“anche inquadrando la responsabilità della Pubblica Amministrazione da provvedimento illegittimo nel modello aquiliano, il privato può provare la colpa della P.A. anche semplicemente dimostrando l’illegittimità del provvedimento lesivo la quale, pur non identificandosi nella colpa, costituisce, tuttavia, un indizio (grave, preciso e concordante) idoneo a fondare una presunzione (semplice) di colpa, che l’Amministrazione può vincere dimostrando elementi concreti da cui possa evincersi la scusabilità dell’errore compiuto” (Cons. Stato, Sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1944). Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 190; Cons. Stato, Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2881; Cons. Stato, Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882.

Tuttavia, la regola del necessario accertamento dell’elemento soggettivo in caso di responsabilità della P.A. trova una “deroga” nello specifico settore degli appalti pubblici: Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686 e anche, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2016, n. 4562: “È altresì noto che, in materia di appalti pubblici, la condanna dell’amministrazione al risarcimento del danno non richieda la prova della colpa, conformemente alle acquisizioni della giurisprudenza eurounitaria (in tal senso: CGUE, sent. 30 settembre 2010 in causa C-314/09). L’articolo 124 del cod. proc. amm. introduce al riguardo un’ipotesi di responsabilità oggettiva, che deve essere applicata a tutto il campo degli appalti pubblici, in base al principio generale di diritto eurounitario di effettività della tutela” (in senso conforme, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 10 marzo 2017, n. 678). [↑](#footnote-ref-10)
11. Per Cass. Civ., SS.UU., 21 maggio 2018, n. 12477, “una volta ricondotta la responsabilità ... nell’alveo di quella contrattuale derivante da contatto qualificato - inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex* art. 1173 c.c. e dal quale derivano i doveri di correttezza e buona fede enucleati dagli artt. 1175 e 1375 c.c. - non appare più sostenibile la tesi secondo cui ... risponde ... ‘a prescindere dalla sussistenza dell’elemento della colpa nell’errore sull’identificazione del prenditore’. Una responsabilità oggettiva può infatti concepirsi solo laddove difetti un rapporto in senso lato ‘contrattuale’ fra danneggiante e danneggiato, ed il primo sia chiamato a rispondere del fatto dannoso nei confronti del secondo non per essere con questi entrato in contatto, ma in ragione della particolare posizione rivestita o della relazione che lo lega alla res causativa del danno. Non a caso, dottrina e giurisprudenza hanno individuato ipotesi di responsabilità oggettiva nelle fattispecie tipiche delineate dagli artt. 2048 e 2053 c.c., tutte annoverabili nel più ampio *genus* dell’illecito extracontrattuale. Non è questa la sede per avventurarsi in classificazioni che potrebbero apparire velleitarie, né per tracciare confini tra categorie, che potrebbero rivelarsi assai labili. È tuttavia principio consolidato nella giurisprudenza di questa corte che il criterio che presiede alla valutazione della responsabilità da contatto sociale qualificato è quello delineato dagli artt. 1176 e 1218 c.c. Ne consegue, per tornare al caso di specie, che, nell’azione promossa dal danneggiato, la banca negoziatrice che ha pagato l’assegno non trasferibile a persona diversa dall’effettivo prenditore è ammessa a provare che l’inadempimento non le è imputabile, per aver essa assolto alla propria obbligazione con la diligenza dovuta, che è quella nascente, ai sensi dell’art. 1176 c.c., comma 2, dalla sua qualità di operatore professionale, tenuto a rispondere del danno anche in ipotesi di colpa lieve”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sia ancora consentito il rinvio a V. Neri, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a venti anni dalla sua pubblicazione*, in questa *Rivista*, 2019, 5, 618. [↑](#footnote-ref-12)
13. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 224. [↑](#footnote-ref-13)
14. Puntualmente esaminate da F.G. Scoca, *L’interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 241 ss. [↑](#footnote-ref-14)
15. R. Sacco, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 661. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cfr. F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2014, 404; C.M. Bianca, *Diritto civile*, *Il contratto*, III, Milano, 2019, 104. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cfr. F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 404. [↑](#footnote-ref-17)
18. Si veda F. Messineo, *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964. [↑](#footnote-ref-18)
19. C.M. Bianca, *Diritto civile*, *Il Contratto*, III, Milano, 2019, 18. [↑](#footnote-ref-19)
20. La funzione integratrice della clausola generale di buona fede in senso oggettivo è stata ampiamente esaminata dalla dottrina civilistica tra l’altro nell’ambito della teorica degli obblighi di protezione. Al riguardo, cfr., per tutti, E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione*, I, Milano, 1953, 68 ss.; L. Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”: studio critico*, Milano, 1954, 368 ss.; F. Benatti, *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss.; A. Di Majo, *L’esecuzione del contratto*, Milano, 1962, 408 ss.; C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1 ss. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cfr. R. Chieppa, *Provvedimenti di secondo grado*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 910 ss. e, in particolare, par. 8 (p. 923) e par. 13 (p. 932). Per una definizione del principio di affidamento, cfr. A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2014, 218-219: “Completano il quadro il principio dell’affidamento, che esprime l’obbligo di correttezza e buona fede nel quadro dei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione, e il principio di continuità. Riconducibile alla matrice costituzionale, ed in particolare al principio di imparzialità, oggetto di numerose decisioni del giudice comunitario al quale si deve la sua importazione in altri ordinamenti, il principio di affidamento esprime l’esigenza di tutelare, all’interno dell’azione amministrativa, gli interessi privati coinvolti soprattutto quando alcuni elementi (si pensi a precedenti comportamenti dell’amministrazione, o all’emanazione di direttive o circolari), abbiano ingenerato nel privato un (legittimo) affidamento ad una determinata regolamentazione dei propri interessi da consacrare (ma in concreto non espressa) nel provvedimento amministrativo”. Fra i molteplici contributi della dottrina alla ricostruzione dogmatica del principio di affidamento, cfr. altresì F. Merusi, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per M. Nigro*, II, Milano, 1991, 217 ss.; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005. Per una disamina dei rapporti tra il potere amministrativo di autotutela e l’affidamento riposto dai privati sull’assetto giuridico stabilito dal provvedimento di primo grado, cfr. F. Merusi, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell’affidamento*, Torino, 1999; F. Trimarchi Banfi, *L’annullamento d’ufficio e l’affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss.; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e tutela dell’affidamento*, Milano, 2008; A. Ardito, *Revoca e nuovi modelli di rivedibilità*, Bari, 2008. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sulla conformità della condizione sospensiva apposta in un contratto di prestazione d’opera professionale stipulato dall’amministrazione comunale ai canoni di correttezza e buona fede, cfr. Cass. Civ., Sez. I, 28 luglio 2004, n. 14198. Sull’illegittimità dell’accertamento tributario contrastante con il precedente accordo intervenuto tra amministrazione e contribuente, cfr. Cass., Sez. trib., 6 ottobre 2006, n. 21513; In materia di irripetibilità dell’indebito formatosi sul trattamento provvisorio di quiescenza a seguito della decorrenza del termine per l’adozione del provvedimento di determinazione della pensione definitiva, cfr. Corte dei Conti, Sez. riun., 7 agosto 2007, n. 7. Sui doveri di lealtà e correttezza gravanti sulla pubblica amministrazione nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, cfr., per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. Civ., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656; Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cass. Civ., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8. Chiamata ad esprimersi sulla portata dell’onere motivazionale gravante sull’amministrazione che, a distanza di anni dal rilascio del titolo abilitativo, disponga l’annullamento d’ufficio della concessione edilizia in sanatoria, l’Adunanza Plenaria ha formulato il seguente principio di diritto: “Nella vigenza dell’articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 - per come introdotto dalla legge n. 15 del 2005 - l’annullamento d’ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all’adozione dell’atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole.

In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi:

I) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell’annullamento d’ufficio e che, in ogni caso, il termine ‘ragionevole’ per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell’amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell’atto di ritiro;

II) che l’onere motivazionale gravante sull’amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell’esercizio del ius poenitendi);

III) che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell’atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l’onere motivazionale gravante sull’amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte”.

Per un commento alla pronuncia dell’Adunanza Plenaria, cfr. N. Posteraro, *Annullamento d’ufficio e motivazione* in re ipsa*: osservazioni a primissima lettura dell’Adunanza Plenaria n. 8 del 2017*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 5, 1089; G. Manfredi, *La Plenaria sull’annullamento d’ufficio del permesso di costruire: fine dell’interesse pubblico* in re ipsa?, in questa *Rivista*, 2018, 1, 45; M. Trimarchi, *Il contrasto all’abusivismo edilizio tra annullamento d’ufficio e ordine di demolizione*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 1, 67; L.S. Bertonazzi, *Annullamento d’ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 717; E. Zampetti, *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione nell’annullamento d’ufficio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, 2, 404; M. Lo Curto, *La ritrosia della giurisprudenza amministrativa nell’applicazione del binomio tempo-motivazione alla luce dei principi di legittimo affidamento e certezza del diritto (Nota a Cons. St., Ad. plen., 17 ottobre 2017, nn. 8 e 9)*, in *Foro amm.*, 2018, 789. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 9. Nel giudicare sul contenuto dell’obbligo di motivazione dell’ordinanza di demolizione adottata, a molti anni di distanza dall’abuso, nei confronti del proprietario incolpevole, l’Adunanza Plenaria ha formulato il seguente principio di diritto:

“Il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell’abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell’ipotesi in cui l’ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell’abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell’abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell’onere di ripristino”.

Per un esame della pronuncia dell’Adunanza Plenaria, cfr. L. Droghini - G. Strazza, *L’ordinanza di demolizione degli abusi edilizi tra tempo, legittimo affidamento e obbligo di motivazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, 1, 113; M. Trimarchi, *Il contrasto all’abusivismo edilizio tra annullamento d’ufficio e ordine di demolizione*, in *Giornale dir. amm.*, cit.; M. Lo Curto, *La ritrosia della giurisprudenza amministrativa nell’applicazione del binomio tempo-motivazione alla luce dei principi di legittimo affidamento e certezza del diritto (Nota a Cons. St., Ad. plen., 17 ottobre 2017, nn. 8 e 9)*, in *Foro amm.*, cit. [↑](#footnote-ref-24)
25. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 823 ss. Di particolare interesse è la precisazione per cui “Affidamento legittimo e affidamento secondo buona fede sono figure diverse, per funzione e per struttura. Nell’affidamento secondo buona fede, la fiducia riposta nell’altrui correttezza non assume rilevanza giuridica se non nel momento nel quale l’affidamento è stato deluso e chiede riparazione. Al contrario, la tutela dell’affidamento legittimo è congegnata in modo da prevenirne la delusione: la fiducia del beneficiario del provvedimento favorevole sarà delusa soltanto se nel procedimento di secondo grado - il cui avvio gli è comunicato, così da permettergli di partecipare all’istruttoria - non verrà assegnato il giusto peso all’interesse del medesimo a conservare il bene che gli era stato attribuito. A sua volta, il supposto obbligo di buona fede-correttezza dell’amministrazione, che nel procedimento di primo grado non è distinguibile dall’osservanza dei doveri d’ufficio, potrebbe al più essere ravvisato nell’obbligo di prestare la dovuta considerazione all’interesse del privato, nel procedimento di secondo grado. Per questa ragione, l’affidamento legittimo non è leso se l’interesse del destinatario del provvedimento favorevole risulta soccombente, purché questo interesse sia stato tenuto nella giusta considerazione. La tutela dell’affidamento legittimo è dunque di tipo preventivo, e il soddisfacimento dell’interesse materiale ad esso connesso dipende da fattori esterni al rapporto particolare entro il quale l’affidamento è venuto in essere” (F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 836). [↑](#footnote-ref-25)
26. Per un commento alle modifiche normative intervenute a seguito dell’entrata in vigore del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164, cfr. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, 454; G. La Rosa, *Il nuovo volto dell’autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell’amministrazione?*, in *www.giustamm.it*, 2015, 5. [↑](#footnote-ref-26)
27. Per un esame della disciplina introdotta dall’art. 6, L. 7 agosto 2015, n. 124, cfr. M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2015; L. Carbone, *La riforma dell’autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; R. De Nictolis, *L’autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole ed eccezioni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; C. Contessa, *L’autotutela amministrativa all’indomani della “legge Madia”*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018. [↑](#footnote-ref-27)
28. In specie, l’art. 264, comma 1, lett. b), D.L. n. 34 del 2020 dispone che, nel periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore del suddetto decreto (19 maggio 2020) e il 31 dicembre 2020, l’annullamento d’ufficio dei “provvedimenti amministrativi illegittimi ai sensi dell’articolo 21 *octies*”, dei quali possa predicarsi la riconducibilità al contesto di crisi sanitaria ed economica conseguente alla diffusione della pandemia, possa aver luogo, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro il termine di tre mesi, in deroga all’art. 21-*nonies*, comma 1, L. 7 agosto 1990, n. 241. Dal raffronto fra il regime provvisorio recentemente introdotto dal D.L. n. 34 del 2020 e la disciplina generale di cui all’art. 21-*novies*, L. n. 241 del 1990 si desume che le esigenze di consolidamento degli assetti giuridici stabiliti dalle misure emergenziali prevalgono sull’interesse al ripristino della legalità violata per effetto del decorso del breve termine di tre mesi, indipendentemente dalla circostanza che il provvedimento di primo grado rientri o meno nel novero degli atti attributivi di vantaggi economici o a contenuto autorizzatorio.

L’art. 264, comma 1, lett. d), D.L. n. 34 del 2020 ammette inoltre la revocabilità dei provvedimenti attributivi di benefici patrimoniali riconosciuti dalla legge in relazione all’emergenza sanitaria esclusivamente “per eccezionali ragioni di interesse pubblico sopravvenute”. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ancora F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, cit. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ancora F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, cit. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cass. Civ., SS.UU., 15 novembre 2007, n. 23726: “viene in rilievo l’ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all’un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell’interesse del partner negoziale”. [↑](#footnote-ref-31)
32. Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, cit. [↑](#footnote-ref-32)
33. Si esprime in termini di affidamento quale “situazione giuridica protetta”, F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 833. [↑](#footnote-ref-33)
34. E. Fazzalari, *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, par. 5. [↑](#footnote-ref-34)
35. La devoluzione al giudice ordinario della domanda di risarcimento del danno cagionato dalla lesione dell’affidamento riposto dai privati sulla legittimità degli atti annullati in via di autotutela o *ope iudicis* è originariamente sostenuta dalle Sezioni unite civili della Corte di cassazione con le ordinanze “gemelle” del 23 marzo 2011 Cass. Civ. n. 6594/2011, Cass. Civ. n. 6595/2011, Cass. Civ. n. 6596/2011. In senso conforme al radicamento della giurisdizione del giudice ordinario si orientano le seguenti successive pronunce: Cass. Civ., SS.UU., ord., 4 settembre 2015, n. 17586; Cass. Civ., SS.UU., 22 maggio 2017, n. 12799; Cass. Civ., SS.UU., 22 giugno 2017, n. 15640; Cass. Civ., SS.UU., ord., 2 agosto 2017, n. 19171; Cass. Civ., SS.UU., ord., 23 gennaio 2018, n. 1654; Cass. Civ., SS.UU., 2 marzo 2018, n. 4996; Cass. Civ., SS.UU., ord., 24 settembre 2018, n. 22435; Cass. Civ., SS.UU., ord., 13 dicembre 2018, n. 32365; Cass. Civ., SS.UU., ord., 19 febbraio 2019, n. 4889; Cass. Civ., SS.UU., ord., 8 marzo 2019, n. 6885; Cass. Civ., SS.UU., 13 maggio 2019, n. 12635.

Di contrario avviso Cass. Civ., SS.UU., ord., 21 aprile 2016, n. 8057, nonché Cass. Civ., SS.UU., 29 maggio 2017, n. 13454, secondo cui, nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, le domande relative al risarcimento del danno da lesione dell’affidamento riposto sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati rientrerebbero nell’ambito della cognizione del giudice amministrativo.

La giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie che si caratterizzano per l’assenza di un atto ampliativo della sfera giuridica del privato è invece dichiarata da Cass. Civ., SS.UU., ord., 25 maggio 2018, n. 13194. [↑](#footnote-ref-35)
36. Corte cost., sent., 11 maggio 2006, n. 191. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ancora Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191. [↑](#footnote-ref-37)
38. L’osservanza dei canoni civilistici di correttezza e buona fede, certamente rilevanti sotto un profilo privatistico, non esaurisce il contenuto della relazione qualificata intercorrente tra l’amministrazione e gli operatori economici che hanno fatto domanda di partecipazione alla procedura di affidamento. In siffatte evenienze è ormai chiaro che, oltre al profilo paritario-privatistico, il rapporto intercorrente configura, al contempo, anche interessi legittimi che vincolano il potere amministrativo nella selezione della controparte negoziale (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6). [↑](#footnote-ref-38)
39. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 56. Per V. Roppo, *Diritto privato*, Torino, 2012, 49 “esprimono il modo in cui le norme regolano le possibilità dei soggetti, in conformità con la graduatoria stabilita fra i loro confliggenti interessi”. Per C.M. Bianca, *Diritto civile*, *La proprietà*, VI, Milano, 2017, 1 “sono le posizioni ideali del soggetto giuridicamente rilevanti”. [↑](#footnote-ref-39)
40. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, VII ed., 293. [↑](#footnote-ref-40)
41. C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 55. Per *Istituzioni di diritto privato* (a cura di M. Bessone), Torino, XVII ed., 66 sono “diritti soggettivi, poteri e facoltà”. [↑](#footnote-ref-41)
42. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5. La giurisprudenza da tempo ha precisato infatti che nell’agire contrattuale della parte pubblica possono scorgersi due piani differenti, quello propriamente privatistico che, ad esempio, impone all’amministrazione di rispettare l’obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e quello pubblicistico che si concretizza nell’adozione di atti legittimi della procedura di evidenza pubblica.

Si tratta però di ipotesi molto diversa da quella presa in considerazione dalla Corte di cassazione. Nel caso dell’attività contrattuale, l’agire amministrativo deve necessariamente rispettare sia le regole di diritto privato sia quelle di diritto amministrativo mentre nella fattispecie esaminata dalla sentenza della Corte di cassazione l’agire amministrativo è retto solo dal diritto pubblico.

Per un commento alla pronuncia, cfr. L. Giagnoni, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell’aggiudicazione*, in questa *Rivista*, 2018, 5, 645; S. Foà - M.S. Calderaro, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, 1598. [↑](#footnote-ref-42)
43. Lo rileva anche G. Tulumello, *Le sezioni unite e il danno ad affidamento procedimentale: la “resistibile ascesa” del contatto sociale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 9 maggio 2020, ove si trova, in modo condivisibile, tra l’altro, scritto: “Ipotizzare che un privato possa riporre affidamento (nell’accoglimento della pretesa) in un atteggiamento procedimentale benevolo o collaborativo dell’amministrazione, significa ridurre il procedimento amministrativo ad un’attività relazionale a forma libera, in contrasto con la sua disciplina”. [↑](#footnote-ref-43)
44. F.G. Scoca, *L’interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 255. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ancora F.G. Scoca, *L’interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 254. [↑](#footnote-ref-45)