

La tutela dell'affidamento

di Vincenzo Neri*

Negli ultimi anni l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e la tutela dell'affidamento hanno ricevuto numerose applicazioni anche nel diritto amministrativo. Il miglioramento del complesso di tutele garantite al destinatario dell'atto impone, tuttavia, una riflessione di carattere teorico sulla natura giuridica dell'affidamento, o sarebbe meglio dire delle diverse forme di affidamento, nonché sull'esatta individuazione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Lo scritto, dopo aver ripercorso le più salienti decisioni giurisprudenziali, propone una soluzione che distingue la lesione dell'affidamento nel settore contrattuale della pubblica amministrazione dalla lesione dell'affidamento nell'attività procedimentale e provvedimentale della pubblica amministrazione.

Introduzione

L'art. 1, comma 2-*bis*, L. n. 241/1990, e l'art. 5, D.Lgs. n. 36/2023, hanno espressamente previsto che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede nonché, nelle procedure di gara pubblica, al reciproco rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

Le norme ora citate possono essere considerate il punto di arrivo di un intenso dibattito sulla rilevanza della buona fede e della tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo nonché il punto di partenza per ulteriori, e futuri, sviluppi nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini.

È superfluo ricordare che l'obbligo di buona fede e la tutela dell'affidamento hanno una “gloriosa” storia nell'ambito del diritto civile. Basti pensare come è cambiato il modo di intendere l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase di esecuzione del contratto, soprattutto nella seconda metà del secolo scorso¹, o agli studi sulla tutela dell'affidamento nel diritto civile² per dare, a determinate condizioni, rilevanza alla situazione apparente rispetto a quella reale³ oppure per garantire alle parti, coinvolte nelle trattative contrattuali o destinarie di determinate dichiarazioni contrattuali⁴, di poter fare affidamento sul comportamento o sull'altrui dichiarazione.

Il diritto amministrativo “classico”, invece, si era concentrato principalmente sul sindacato di legittimità del provvedimento amministrativo e meno sul rispetto da parte della pubblica amministrazione degli obblighi di lealtà e correttezza mentre la tutela dell'affidamento era stata tradizionalmente studiata con riferimento all'esercizio dei poteri in autotutela o allo *jus poenitendi* negli accordi tra privato e pubblica amministrazione. L'obbligo per la pubblica amministrazione di comportarsi secondo buona fede nell'attività provvedimentale e l'obbligo di tutelare l'affidamento, non solo nell'esercizio dei poteri in autotutela,⁵ più recentemente si sono affermati, sino a diventare regole imposte all'agire pubblico (prima in via giurisprudenziale e, come sovente

* Lo scritto – già pubblicato nella rivista *Urbanistica e Appalti*, WKI, 2024, fasc. 4, p. 473 e segg. – è la trascrizione, riveduta e corretta, della relazione tenuta al convegno organizzato dall'Ufficio Studi e formazione della Giustizia amministrativa su “*La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*”. Le tesi esposte sono opinioni personali dell'autore e non impegnano l'Istituto cui appartiene.

¹ Per l'esito della riflessione dottrina, si veda, tra le tante, 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”.

² Nell'ormai storica voce “*Affidamento*”, scritta da Rodolfo Sacco nel 1958 per l'Enciclopedia del diritto (Sacco, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 661), 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”.

³ Cfr. F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2014, 404; C.M. Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano, 2019, 104.

⁴ Cfr. F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 404.

accade nel diritto amministrativo, poi anche) in via legislativa.

La tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo

Concentrando l'attenzione sulla tutela dell'affidamento, dunque, vanno individuate alcune fondamentali tappe.

Giova innanzitutto ricordare che la tutela dell'affidamento nell'esercizio del potere di annullamento o di revoca in autotutela, dopo essere stata elaborata (come già detto) dalla giurisprudenza del secolo scorso, trova oggi disciplina espressa agli artt. 21-*quinqüies* e 21-*nonies*, L. n. 241/1990, oltre che in numerosissime sentenze⁶. Non vi è dubbio che in questi casi il principio dell'affidamento si applica in relazione all'esercizio di poteri unilaterali ed autoritativi.

⁵ 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.

⁶ Tra le tantissime sentenze, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10976, ove si afferma: "L'affidamento del privato si configura, dunque, in ragione del convincimento ragionevole del legittimo esercizio del potere pubblico e del convincimento ragionevole dell'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, individuandosi in ciò il duplice parametro 'al quale ancorare' la fiducia, 'il convincimento' o 'l'aspettativa' del privato (così, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 19 del 2021, par. 14)"; con riferimento poi al potere di pianificazione urbanistica, si aggiunge: "va puntualizzato, dunque, quanto già traspare dalla disamina dei principi di diritto enucleati dai precedenti menzionati, ovvero che la tutela del legittimo affidamento rispetto all'esercizio dei poteri di pianificazione viene effettuata attraverso l'obbligo di motivazione di quelle scelte dello strumento urbanistico che costituiscono 'casi specifici'. In questo caso, l'obbligo di (puntuale) motivazione costituisce il 'punto di equilibrio' per salvaguardare l'affidamento legittimamente configuratosi in capo al privato titolare dell'interesse legittimo proprietario e l'attribuzione del potere di pianificazione dell'amministrazione da parte dell'ordinamento. Per converso, contrariamente a quanto sostenuto dalla società appellante, la tutela del legittimo affidamento del proprietario non può declinarsi come preclusione al pieno dispiegarsi del potere di pianificazione urbanistica ... Nella tutela dell'affidamento risulta centrale la 'dimensione soggettiva', ma, nondimeno, si è messo in risalto che sussistono 'limiti fisiologici' alla tutela dell'affidamento, riconducibili alle caratteristiche del rapporto amministrativo ed alla esigenza di proteggere anche altri principi ritenuti pari-ordinati o superiori alle aspettative di profitto dei singoli".

Per un caso "classico" di declinazione dell'affidamento in relazione all'esercizio dei poteri di autotutela, cfr., per tutte, 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 depongono 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 *Giorn. 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*

Va poi aggiunto che la tutela dell'affidamento, soprattutto a partire dall'inizio di questo secolo, si è affermata anche nel differente settore della contrattualistica pubblica. Giova qui richiamare le fondamentali, ancorché non recenti, sentenze⁷ dell'adunanza plenaria e della Corte di cassazione sul tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, responsabilità quest'ultima del tutto scissa dalla valutazione di legittimità degli atti delle procedure di evidenza pubblica.

Occorre infine considerare la tesi elaborata in dottrina⁸ sulla possibilità di sdoppiare l'affidamento nel diritto amministrativo. Di recente infatti si è 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"⁹.

L'affidamento legittimo riguarda essenzialmente l'attività di secondo grado e, in particolar modo (ma non solo), l'annullamento d'ufficio o la revoca, 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 questo 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 del provvedimento 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'affidamento incolpevole, invece, 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 parte¹⁰. In questa direzione sembra essersi orientata anche la Corte costituzionale quando afferma che "la buona fede oggettiva dà fondamento, tramite l'art. 1337 cod. civ., alla stessa possibilità di identificare un affidamento legittimo, suscettibile di rinvenire una tutela, sia quale interesse che, *ex fide bona*, in base al citato art. 1175 cod. civ., condiziona l'attuazione del rapporto obbligatorio, sia quale situazione soggettiva potenzialmente meritevole di protezione risarcitoria, proprio attraverso la disciplina dell'illecito precontrattuale"¹¹.

, 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.

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. Più di recente, 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.

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.

⁸ F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 823.

⁹ F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 823. 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).

¹⁰ Ancora F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, cit.

¹¹ Corte cost. 27 gennaio 2023, n. 8; la sentenza, sempre con riferimento all'art. 1337 c.c., ha aggiunto: "Dalla citata norma, che

Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte di cassazione

La giurisprudenza del giudice regolatore della giurisdizione si è spesso pronunciata sulla tutela dell'affidamento in diverse ipotesi. Solo a scopo esemplificativo, si considerino i casi di:

- a) annullamento giurisdizionale o in autotutela di precedente aggiudicazione illegittima;
- b) annullamento giurisdizionale o in autotutela di permesso di costruire illegittimo;
- c) revoca in autotutela della procedura di gara o dell'aggiudicazione;
- d) lesione dell'affidamento in ordine alla positiva conclusione del procedimento che legittimamente si era concluso con un diniego¹².

Il principio di fondo affermato dalla Corte di cassazione è che nella tutela risarcitoria fondata sull'affidamento “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”; conseguentemente va esclusa “la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ... stante la consistenza di diritto soggettivo della situazione, nel caso di specie, fatta valere”.

La giurisprudenza più recente

Occorre ora soffermarsi sull'interessante ricostruzione compiuta dalla Corte di cassazione con l'ordinanza Cass. Civ., SS.UU., 24 aprile 2023, n. 10880. In questa decisione il giudice della giurisdizione ha affermato, sino a qui in modo condivisibile, che le regole di correttezza e buona fede coesistono con quelle speciali che connotano l'agire autoritativo; ha poi tuttavia separato, con argomenti di dubbia consistenza, la posizione di interesse legittimo, discendente dall'attività autoritativa, dal diritto soggettivo collegato al doveroso rispetto dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede. È stato precisato, inoltre, che “la buona fede che qui rileva non è quella che l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo menziona, quale forma del rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione unitamente alla collaborazione, e che corrisponde non alla regola di diritto civile, ma a un principio generale dell'ordinamento che ha la funzione, al pari della collaborazione, di modellare l'esercizio del potere fronteggiato dall'interesse legittimo (e di cui è espressione la previsione del ‘termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi’ nell'art. 21 *nonies* per l'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo, c.d. affidamento legittimo). La correttezza che emerge con la lesione dell'affidamento è quella cui si correla una posizione di diritto soggettivo”. Per la Corte di cassazione si troverebbe conferma anche “nel rilievo che la legittima aspettativa (*‘espérance légitime’* o *‘legitimate expectation’*) rientra nell'ambito dei beni protetti dal disposto dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla CEDU (Protezione della proprietà)”.

valorizza tanto la relazione fra i soggetti implicati quanto le circostanze concrete, la giurisprudenza ha, di volta in volta, ricavato, nell'ambito di particolari contesti, i presupposti che consentono di ravvisare affidamenti meritevoli di tutela: ad esempio, quello alla legittimità e alla correttezza di un provvedimento emanato da una pubblica amministrazione (*ex multis*, Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenze 15 gennaio 2021, n. 615 e 13 maggio 2019, n. 12635), così come l'affidamento riferito alla esattezza e alla correttezza di informazioni fornite da soggetti che spendono una particolare professionalità (*ex multis*, Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 9 dicembre 2019, n. 32026 e sezione terza civile, sentenza 28 febbraio 2012, n. 3003).

¹² 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., 4 settembre 2015, n. 17586, ord.; Cass. Civ., SS.UU., 22 maggio 2017, n. 12799; Cass. Civ., SS.UU., 22 giugno 2017, n. 15640; Cass. Civ., SS.UU., 2 agosto 2017, n. 19171, ord.; Cass. Civ., SS.UU., 23 gennaio 2018, n. 1654, ord.; Cass. Civ., SS.UU., 2 marzo 2018, n. 4996; Cass. Civ., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22435, ord.; Cass. Civ., SS.UU., 13 dicembre 2018, n. 32365, ord.; Cass. Civ., SS.UU., 19 febbraio 2019, n. 4889, ord.; Cass. Civ., SS.UU., 8 marzo 2019, n. 6885, ord.; Cass. Civ., SS.UU., 13 maggio 2019, n. 12635.

Di contrario avviso Cass. Civ., SS.UU., 21 aprile 2016, n. 8057, ord., 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., 25 maggio 2018, n. 13194, ord.

Sulla lesione da incolpevole affidamento “in un esito positivo del procedimento concessorio”, Cass. Civ., SS.UU., 28 aprile 2020, n. 8236.

Più di recente, tale orientamento è stato ribadito stabilendo che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda, proposta dal privato nei confronti della P.A., di risarcimento dei danni conseguiti alla lesione dell'incolpevole affidamento riposto sull'adozione di un provvedimento ampliativo della propria sfera soggettiva - sia in caso di successivo annullamento del provvedimento giudicato illegittimo, sia in ipotesi di affidamento ingenerato dal comportamento dell'amministrazione nel procedimento amministrativo, poi conclusosi senza l'emanazione del provvedimento ampliativo - perché il pregiudizio non deriva dalla violazione delle regole di diritto pubblico sull'esercizio della potestà amministrativa, bensì, in una più complessa fattispecie, dalla violazione dei principi di correttezza e buona fede, che devono governare il comportamento dell'amministrazione e si traducono in regole di responsabilità, non di validità dell'atto¹³.

Brevi considerazioni

La casistica giurisprudenziale sembra dimostrare che, pur trovandoci sempre di fronte a questioni in materia di tutela dell'affidamento, ben diverse sono le discipline di settore e gli interessi che vengono in rilievo. Conseguentemente non si dovrebbe sempre propendere per la qualificazione della posizione in termini di diritto soggettivo.

Come si è già avuto modo di sostenere, infatti, l'affidamento è un principio che di volta in volta plasma le differenti situazioni giuridiche soggettive ora di diritto soggettivo ora di interesse legittimo¹⁴. Pochi dubbi possono ravvisarsi, infatti, sul collegamento con la posizione di diritto soggettivo quando la tutela dell'affidamento viene in rilievo nella fase delle trattative contrattuali mentre sembra altrettanto sicuro che la posizione debba essere qualificata in termini di interesse legittimo nei casi in cui si esercitano poteri di annullamento o revoca in autotutela oppure ancora quando si avvia un procedimento amministrativo su istanza del privato. A sommosso avviso di chi scrive nel primo caso si tratta di diritti soggettivi perché il parametro normativo di riferimento è l'art. 1337 c.c. mentre nel secondo caso vengono in rilievo interessi legittimi perché ci si confronta col potere amministrativo e con l'esercizio di attività procedimentale e provvedimentale nel rispetto delle regole pubblicistiche di azione.

L'adunanza plenaria ha accolto tale prospettiva affermando in generale che "l'affidamento è ormai considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo"¹⁵.

Non va peraltro dimenticato che la dottrina civilistica è concorde nel ritenere l'affidamento un principio.

Fatta questa premessa, molto sommessamente, si ritiene che gli argomenti spiegati dalla Corte di cassazione meritino di essere riconsiderati.

In primo luogo, sembra che, separando idealmente il profilo provvedimentale-pubblicistico da quello civilistico anche con riferimento all'attività autoritativa non contrattuale, si corra il serio rischio di duplicare le situazioni giuridiche soggettive. Ad esempio, rispetto a un'istanza volta al rilascio del permesso di costruire, dovrebbe individuarsi una posizione qualificabile in termini di interesse legittimo al rilascio del titolo abilitativo e una complementare posizione di diritto soggettivo in ordine al rispetto del principio dell'affidamento. Ciò crea una rischiosa interferenza tra due diverse giurisdizioni e sottovaluta il fatto che la violazione dell'affidamento può già essere adeguatamente tutelata davanti al giudice amministrativo. Si ritornerebbe, peraltro, all'idea, ormai definitivamente superata, che la giurisdizione spetti al giudice amministrativo quando si chiede l'annullamento del provvedimento e al giudice ordinario se si chiede il risarcimento del danno essendo questa un'autonoma posizione giuridica soggettiva. Su tale punto, basti ricordare che, a più riprese, la Corte costituzionale ha escluso "che, per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione competa al giudice ordinario"

¹⁶.

¹³ Cass. Civ., SS.UU., 28 agosto 2023, n. 25324, ord.

¹⁴ Sia consentito il rinvio a V. Neri, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in questa *Rivista*, 2020, 6, 794.

¹⁵ In Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21.

¹⁶ Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191, ove riprendendo Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, l'importante affermazione per cui "il legislatore ha sostituito ... un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione".

In secondo luogo è dubbio che la tutela dell'affidamento possa trasformarsi in tutela di una autonoma posizione giuridica soggettiva¹⁷.

In terzo luogo, la coesistenza di una posizione di interesse legittimo e di una collaterale posizione di diritto soggettivo (concernente la tutela dell'affidamento) potrebbe creare il rischio di due giudizi sulla stessa vicenda con esiti di dubbia compatibilità col principio del giusto processo sancito dall'art. 111 Cost. oppure il pericolo di scarsa certezza nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati. Valga questo solo esempio: il privato fa istanza per ottenere un titolo abilitativo e l'amministrazione conclude negativamente il procedimento; il destinatario dell'atto non impugna il diniego innanzi al giudice amministrativo ma nei successivi dieci anni - termine ordinario di prescrizione dei diritti una volta ricondotta, in modo condivisibile, la responsabilità della pubblica amministrazione alla teorica della responsabilità da contatto qualificato¹⁸ - agisce davanti al giudice ordinario sostenendo che il diniego, legittimo perché non impugnato, ha cagionato un pregiudizio individuabile nell'aver incolpevolmente riposto affidamento sulla possibile conclusione favorevole del procedimento. In casi del genere, la mancata impugnazione del diniego dovrebbe far propendere per la legittimità dell'azione amministrativa; tuttavia l'amministrazione resterebbe comunque esposta a richieste risarcitorie per un tempo di gran lunga più ampio rispetto a quello stabilito dall'art. 30 c.p.a. per l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, termine quest'ultimo valutato non costituzionalmente illegittimo nel bilanciamento degli interessi che vengono in gioco¹⁹.

In quarto luogo, il richiamo alla legittima aspettativa, come codificato Corte europea dei diritti dell'uomo, non sembra risolutivo, considerata, tra l'altro, la peculiare funzione della legittima aspettativa nella giurisprudenza di quella Corte e il contesto sovranazionale all'interno del quale essa si colloca. Come ricordato, "la giurisprudenza della Corte EDU offre una ricostruzione dell'art. 1 Prot. addiz. CEDU volta a stigmatizzare interferenze sproporzionate rispetto all'affidamento legittimo"²⁰ senza tuttavia escludere che gli Stati possano apprestare, con le peculiarità proprie degli ordinamenti nazionali, tutele diversificate purché effettive.

Infine, non può valere neppure il richiamo alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del 2018²¹ perché si riferisce all'attività precontrattuale/contrattuale e non a quella provvedimentale *tout court* della pubblica amministrazione. La libertà negoziale e l'obbligo di comportarsi in buona fede nella fase delle trattative sono molti differenti dalle regole pubblicistiche che governano il procedimento e il provvedimento amministrativo. Diversamente opinando, e chiedendo scusa per il paragone irriverente, sarebbe come applicare al testamento o

¹⁷ Per la dottrina l'affidamento è un principio (F. Messineo, *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964) e non una situazione giuridica soggettiva, considerato che assurge "a fondamento generale del valore del negozio" (C.M. Bianca, *Diritto civile, Il Contratto*, III, Milano, 2019, 18). 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" o le "posizioni di vantaggio o di svantaggio in cui il soggetto è collocato dall'ordinamento in ordine ai vari interessi" (E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, VII ed., 293).

¹⁸ 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; V. Neri, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in questa *Rivista*, 2020, 6, 794. Per una prospettiva forse simile, cfr. anche Corte cost. 27 gennaio 2023, n. 8, quando afferma: "la buona fede oggettiva dà fondamento, tramite l'art. 1337 cod. civ., alla stessa possibilità di identificare un affidamento legittimo, suscettibile di rinvenire una tutela, sia quale interesse che, *ex fide bona*, in base al citato art. 1175 cod. civ., condiziona l'attuazione del rapporto obbligatorio, sia quale situazione soggettiva potenzialmente meritevole di protezione risarcitoria, proprio attraverso la disciplina dell'illecito precontrattuale".

Per la giurisprudenza 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 dalle decisioni del Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2008, n. 1137, Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1467 mentre è stata smentita da Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.

¹⁹ Corte cost. 4 maggio 2017, n. 94: "La previsione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria non può ritenersi il frutto di una scelta viziata da manifesta irragionevolezza, ma costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria, secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in rilevanti settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici (art. 2377, sesto comma, del codice civile)".

²⁰ Corte cost. 27 gennaio 2023, n. 8.

²¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

al matrimonio le regole del contratto.

Conclusioni

Per il futuro, con riferimento alla tutela dell'affidamento, sarebbe auspicabile distinguere l'attività contrattuale della pubblica amministrazione da quella provvedimentale.

Nel primo caso, l'affidamento riceverà tutela piena applicando le regole stabilite dall'adunanza plenaria nel 2005 e nel 2018, sotto l'ombrello protettivo dell'art. 1337 c.c.

Nel secondo caso, in presenza di attività provvedimentale e unilaterale dell'amministrazione, l'art. 1, comma 2-*bis*, L. n. 241/1990, nel contemplare l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, non dovrebbe portare in ogni procedimento amministrativo a configurare una collegata posizione di diritto soggettivo, volto alla tutela dell'affidamento, accanto a una posizione di interesse legittimo, poco importa se di tipo pretensivo o oppositivo. Ciò non determinerebbe, ad avviso di chi scrive, vuoti di tutela, avendo oggi il giudice amministrativo tutti gli strumenti per garantire in modo pieno le lesioni alle posizioni di interesse legittimo, quand'anche queste dovessero configurarsi in termini di violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede o di violazione del principio dell'affidamento. Convincono infine le parole di acuta dottrina quando afferma che "le pretese, o 'facoltà', partecipative sono strumenti di sostegno, e di esercizio, nel procedimento, dell'interesse legittimo, di cui sono titolari i privati"²², facendo sorgere "difficilmente superabili dubbi sulla costruzione di tali pretese (o tali facoltà, o tali interessi) come diritti soggettivi"²³.

²² F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 255.

²³ Ancora F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 254.