

**Buona fede e affidamento nel diritto civile e amministrativo:
similitudini e differenze (*)**

SOMMARIO: 1. Inquadramento della problematica. – 2. Il supporto della dottrina civilistica. – 3. L'orientamento del giudice amministrativo. – 4. Conclusioni.

1. L'odierno incontro di studi affronta questioni particolarmente controverse, che si collocano all'intersezione tra diritto civile e diritto amministrativo. In effetti, una visione d'insieme attesta l'esistenza di profonde divergenze tra i cultori, teorici e pratici, delle due discipline. Non di meno, l'aspetto accattivante risiede nel fatto che anche il giurista accademico avverte di poter dare il proprio contributo al dibattito, visto che le motivazioni redatte dai giudici – sia ordinari sia amministrativi – richiamano spesso il dialogo con la dottrina, come se avvertissero l'esigenza di individuare in maniera particolarmente solida i fondamenti teorici delle proprie decisioni.

In premessa, mi pare opportuno schematizzare lo sviluppo del dibattito, partendo dalla sua evoluzione storica. La disamina inizia dalla notissima sentenza della Cassazione n. 500/1999, che ha riconosciuto la risarcibilità del danno derivante dalla lesione dell'interesse legittimo. Come autorevolmente rilevato in dottrina, questa decisione costituisce non tanto il punto di arrivo di una traiettoria maturata nel tempo, quanto piuttosto il punto di partenza di un dibattito tuttora in corso, e probabilmente ben lungi dal concludersi¹.

In quell'occasione, la Cassazione prese posizione qualificando in termini extracontrattuali la responsabilità derivante dalla lesione dell'interesse legittimo. In questa scelta si coglie l'eco della vocazione c.d. sperimentale della responsabilità aquiliana², la quale funge – per così dire – da laboratorio di incubazione, vale a dire da stadio iniziale per attribuire rilevanza giuridica ad istanze, esigenze, interessi, che successivamente trovano una più matura sistemazione sul piano giurisprudenziale o normativo; emblematico in tal senso è il caso della responsabilità medica e della sua evoluzione.

En passant, giova ricordare che, in un passaggio incidentale della motivazione, la Cassazione svincola la tematica della responsabilità civile della pubblica amministrazione dall'annullamento dell'atto amministrativo, facendo

(*) Il saggio sviluppa la relazione presentata all'incontro di studio tenutosi presso il Consiglio di Stato il giorno 26 giugno 2024, su iniziativa dell'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa.

¹ Così F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 534. Si veda anche G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, Napoli, 2016, 149.

² In arg. M. RENNA, voce *Responsabilità della Pubblica amministrazione a) profili sostanziali*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, 812.

chiaramente intendere che la prima può sussistere anche in assenza del secondo. Si tratta di una questione ancora aperta, su cui tornerò in seguito.

A pochi anni di distanza dalla sentenza del 1999 la Cassazione ritornò a pronunciare sulla medesima vicenda contenziosa e, in questa seconda occasione, si orientò nel senso di attribuire natura contrattuale alla responsabilità per lesione di interessi legittimi³.

Questo breve *excursus* storico non può fare a meno di menzionare, sia pure brevemente, le celebri sentenze della Corte costituzionale⁴, con le quali è stato affermato che la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo sussiste nella misura in cui il soggetto pubblico abbia agito *iure auctoritatis*, ossia nell'esercizio – anche mediato – del potere amministrativo, mentre nel caso di attività *iure privatorum* la competenza giurisdizionale ritorna al giudice ordinario. Il verbo “ritornare” non è impiegato casualmente, ma sottintende l'idea secondo cui quella spettante al giudice ordinario è una competenza giurisdizionale di carattere generale.

Si giunge poi al c.d. codice del processo amministrativo⁵, i cui artt. 7 e 30 attribuiscono chiaramente al giudice amministrativo la giurisdizione sulle pretese risarcitorie conseguenti alla lesione di interessi legittimi, nonché – nelle materie in cui sussiste la giurisdizione esclusiva – anche di diritti soggettivi. La scelta legislativa viene abitualmente spiegata con il principio di effettività della tutela⁶, ossia con l'esigenza di concentrare innanzi ad un unico giudice l'intero spettro delle doglianze inerenti all'azione dei pubblici poteri, ivi inclusi i profili risarcitori, che fungono ormai da completamento essenziale della tutela demolitoria già elargita dall'ordinamento.

Si pensava che, in questo modo, fosse stata raggiunta una posizione di equilibrio, condivisa tra i vari attori del sistema, ma così non è stato, perché –

³ Cass.10 gennaio 2003, n. 157. Queste le parole che si leggono nella motivazione: “*Il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cass. 500-99-SU, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 c.c.: con le relative conseguenze in tema di accertamento della colpa.*

L'inquadramento degli obblighi procedimentali nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 c.c.), è proponibile, ove si voglia sperimentare un modello tecnico-giuridico operativo di ricostruzione della responsabilità amministrativa, solo dopo l'entrata in vigore della L. 241-90”.

La pronuncia è valorizzata da C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 641.

⁴ C. cost., 26 luglio 2004, n. 204; C. cost., 11 maggio 2006, n. 191; C. cost., 5 febbraio 2010, n. 35

⁵ D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

⁶ Così M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione. Riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in www.giustiziainsieme.it, 10.

all'indomani dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo⁷ – la Cassazione a sezioni unite ha pubblicato tre decisioni che, rese in punto di riparto di giurisdizione, riassegnano al giudice ordinario un significativo spazio per pronunciare sulla responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione⁸.

Le tre vicende scrutinate dalla Cassazione sono accomunate dalla circostanza che un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato viene successivamente posto nel nulla, vuoi per revoca in autotutela, vuoi a causa di decisione del giudice amministrativo su iniziativa di un terzo. Ai fini della riflessione odierna, il nodo teorico verte sul fatto che la caducazione successiva del provvedimento ampliativo viene considerata dalla Cassazione come un *eventus damni*, ossia la fonte di un pregiudizio risarcibile in capo al privato.

Per configurare questo pregiudizio in termini sostanziali, è stata riesumata una figura teorica che ha avuto una sua notorietà nel corso degli anni Ottanta del secolo scorso, ovvero nella fase espansiva della responsabilità civile; faccio riferimento al diritto del singolo all'integrità patrimoniale⁹, che – nell'ipotesi – verrebbe leso per effetto della caducazione sopravvenuta del provvedimento ampliativo. Una giurisprudenza più matura¹⁰, anche amministrativa¹¹, discorre invece di diritto all'autodeterminazione negoziale, basato pur sempre sulla stabilità nel tempo dei provvedimenti ampliativi. Va da sé che, anche a prescindere dalla questione nominalistica, questa situazione soggettiva viene declinata nei termini di diritto soggettivo.

A ciò si aggiunge un'ulteriore considerazione, che – sempre a mio avviso – identifica il vero *punctum pruriens* dell'intera questione, vale a dire la dissociazione tra le vicende fattuali ora riferite e l'esercizio del pubblico potere: secondo la Cassazione, in questi casi non si tratta di scrutinare l'attività *iure auctoritatis* della pubblica amministrazione, bensì l'operato di un normale soggetto di diritto. Da ciò consegue l'esclusione della giurisdizione del giudice amministrativo e la relativa attribuzione al giudice ordinario.

⁷ Cfr. M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento* [...], cit., 2.

⁸ Si tratta delle tre ordinanze rese dalla Cassazione in data 23 marzo 2011, n. 6594, 6595 e 6596 del 2011. Ad esse hanno fatto seguito cui hanno fatto seguito – senza pretese di completezza – Cass., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162; Cass., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586; Cass., sez. un., 8 marzo 2019, n. 6885; Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236; Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615; Cass., sez. un., 11 maggio 2021, n. 12428; Cass., sez. un., 25 maggio 2021, n. 14324; Cass., sez. un., 20 gennaio 2022, n. 1778; Cass., sez. un., 29 aprile 2022, n. 13595; Cass., sez. un., 19 gennaio 2023, n. 1567; Cass., 24 gennaio 2023, n. 2175; Cass., sez. un., 6 febbraio 2023, n. 3496; Cass., 6 febbraio 2023, n. 3514; Cass., sez. un., 24 aprile 2023, n. 10880; Cass., sez. un., 28 agosto 2023, n. 25324; Cass. 24 maggio 2024, n. 13191.

Non si tratta, tuttavia, di un indirizzo del tutto univoco. Con varietà di accenti si vedano anche Cass., 13 ottobre 2011, n. 21170; Cass., 18 marzo 2016, n. 5443; Cass., sez. un., 21 aprile 2016, n. 8057; Cass., sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454; Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21768.

⁹ In arg. M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento* [...], cit., 3.

¹⁰ Cfr., ad esempio, Cass. 15 gennaio 2021, n. 615, in motivazione (par. 46).

¹¹ Cfr. Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in motivazione.

2. Giunti a questo punto, i ragionamenti sviluppati dalla Cassazione intercettano, e si saldano, con le riflessioni di quella dottrina civilistica che ha riflettuto a lungo sul concetto generale di obbligazione, arricchendolo di una nuova prospettiva, quella rappresentata dai c.d. obblighi di protezione¹².

Cercando di sintetizzare all'estremo, questi orientamenti dottrinali guardano all'obbligazione come ad un rapporto complesso¹³, all'interno del quale si staglia certamente l'obbligo di prestazione gravante sul debitore. Non di meno, l'esistenza di questo "ambiente" particolare, rappresentato dall'interazione di diverse sfere giuridiche, pone in capo alle parti anche obblighi di protezione reciproca, ovvero di salvaguardia della sfera giuridica altrui, quantomeno nella misura in cui ciò non comporti un sacrificio apprezzabile per gli interessi di ciascuna di esse. Questa interazione di distinte sfere giuridiche, infatti, non è casuale né occasionale, ma – in qualche modo – organizzata e disciplinata dall'ordinamento, e dunque corrisponde ad un contesto nel quale occorre contemperare le diverse situazioni giuridiche ivi rappresentate. L'aspetto innovativo della teoria consiste nel riconoscere a questi obblighi di protezione una rilevanza autonoma, che prescinde dall'obbligo di prestazione e dalla sua esistenza¹⁴.

La fonte degli obblighi di protezione viene individuata nella clausola generale di buona fede, che attraversa e pervade l'intero rapporto obbligatorio fin dalla sua fase primordiale. Il principale argomento normativo si appunta sull'art. 1337 c.c.¹⁵, che vincola le parti di una trattativa precontrattuale a comportarsi in maniera reciprocamente leale e corretta¹⁶. L'importanza della norma risiede nell'anticipare la vigenza di tale obbligo ad un momento precedente al sorgere del vincolo negoziale vero e proprio, ovvero nel configurare tale obbligo in maniera autonoma ed indipendente, visto che la responsabilità precontrattuale può sorgere anche – *rectius*, soprattutto – nei casi in cui non si verifichi la stipulazione del contratto.

Alla base delle riflessioni dottrinali qui sintetizzate si può cogliere un preciso obiettivo di politica del diritto, che consiste nel ripensare la distinzione tra

¹² Nell'ambito di una vasta letteratura, ai fini del tema qui trattato si veda soprattutto C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» [...]*, cit., 640.

¹³ Cfr. F. VENOSTA, *"Contatto sociale" e affidamento*, Milano, 2021, 1.

¹⁴ Così C. CASTRONOVO, *Il diritto civile italiano delle obbligazioni dal Codice civile del 1942 ad oggi. Profili di una evoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 606, cfr. altresì A.M. GAROFALO, *Interesse legittimo e obbligazione senza prestazione: il rapporto giuridico di affidamento tra rimedi specifici e risarcitori*, in *Resp. civ. prev.* 2021, 1282.

Fermo restando che, come perspicuamente rilevato in dottrina (M. RENNA, voce *Responsabilità* [...], cit., 815), *"la prestazione esiste eccome", e coincide con l'adempimento procedurale pretermesso dalla pubblica amministrazione. Di qui la diretta applicabilità del modello della responsabilità contrattuale"*.

¹⁵ Lo ricorda C. CASTRONOVO, *Il diritto civile italiano delle obbligazioni [...]*, cit., 605. Adde C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, in *Corr. giur.*, 2020, 1037 e s.

¹⁶ Cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 192; F. VENOSTA, *"Contatto sociale" e affidamento*, cit., 27 e s.; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, 124 e s.

responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana nel senso di ampliare l'ambito di operatività della prima a scapito della seconda¹⁷. Questo orientamento muove dall'assunto secondo cui, nel contesto socioeconomico odierno, le occasioni di contatto, e quindi di interferenza, tra sfere giuridiche diverse, sono molto più frequenti rispetto al passato. Da ciò scaturisce la moltiplicazione dei rischi di danno cui è esposto il soggetto di diritto, e la conseguente espansione delle istanze di tutela, soprattutto di natura risarcitoria.

Orbene, secondo queste impostazioni l'istituto della responsabilità aquiliana, quale disegnato agli artt. 2043 e seguenti del codice civile, potrebbe rivelarsi inadeguato e/o insufficiente a soddisfare queste istanze di tutela che il traffico giuridico odierno continuamente propone all'interprete, teorico e pratico. Da ciò scaturiscono due diverse tendenze, tra loro convergenti: la prima consiste nell'ampliare l'ambito di operatività della responsabilità contrattuale, nella accezione attribuitavi da un illustre autore¹⁸, ossia come responsabilità da obbligazione preesistente. Tra l'altro ciò consente di far ricorso ad un assetto degli oneri probatori che risulta più favorevole per il danneggiato, ovvero per il soggetto che reclama la tutela.

La seconda tendenza, che – a stretto rigore – assume precedenza dal punto di vista logico, consiste nel valorizzare il carattere aperto delle fonti delle obbligazioni, che non annoverano solamente il contratto ed il fatto illecito, ma anche “ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico” (art. 1173, n. 3, c.c.)¹⁹. Le dottrine in discorso vedono, in questa disposizione, una valvola di apertura che offre all'interprete la possibilità di individuare, nel concreto divenire della realtà, altre circostanze fattuali idonee a configurare un rapporto giuridico obbligatorio²⁰.

Una volta adottata la dimensione del rapporto obbligatorio, viene valorizzata la clausola generale di buona fede, intorno alla quale – negli ultimi lustri – la dottrina civilistica ha compiuto un notevole sforzo costruttivo, attribuendovi essenzialmente due significati, che corrispondono ad altrettanti ruoli operativi²¹:

¹⁷ In arg. A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità «pre-provvedimentale» della Pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 805; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 194, F. VENOSTA, “Contatto sociale” e affidamento, cit., 2, nonché C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 26. Diversa valutazione in A. ZACCARIA, *Verdammte Zeiten (tempi maledetti)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1155.

¹⁸ L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale: c) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072.

¹⁹ Si veda anche Cass. 15 gennaio 2021, n. 615, in motivazione (par. 45).

²⁰ F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 237, afferma espressamente che l'affidamento deve essere incluso tra le fonti atipiche dell'obbligazione. In senso analogo, seppur non identico, anche C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 6, la quale precisa che la fonte dell'obbligazione risarcitoria è (non l'affidamento mal riposto, bensì) la violazione della regola di condotta posta a presidio dell'interesse che la volontà delle parti o l'ordinamento giuridico intendono proteggere.

²¹ Si veda, ampiamente, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 266. In arg. anche G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, cit., 89.

- una funzione integrativa, intesa come arricchimento e completamento delle posizioni che reciprocamente le parti del rapporto assumono l'una verso l'altra, in vista del migliore soddisfacimento dei rispettivi interessi;
- una funzione valutativa, che attiene invece allo scrutinio del comportamento di una parte verso l'altra, nel senso di mitigarne gli eccessi attraverso l'impiego dello strumento risarcitorio, ovvero – nelle punte più estreme – anche dell'invalidità²².

Questi sviluppi dottrinali hanno incontrato un vasto seguito presso la giurisprudenza ordinaria²³, che indubbiamente vi ha colto un apparato concettuale e teorico idoneo ad ampliare le prerogative del giudice. In particolare, deve essere sottolineato che le riflessioni sulla buona fede hanno trovato la principale ricaduta applicativa nei rapporti obbligatori/contrattuali caratterizzati da situazioni di squilibrio intrinseco, dovute soprattutto alla diversa estrazione socioeconomica delle parti. In questo contesto, la clausola generale di buona fede è stata intesa ed utilizzata come strumento di riequilibrio e di bilanciamento di posizioni altrimenti sperequate. Non sono mancate prese di posizione finanche estreme, anche presso il Giudice delle leggi²⁴, però – ai fini della nostra analisi – preme sottolineare che l'operatività della buona fede non presuppone necessariamente l'esistenza di un rapporto di natura paritaria²⁵; anzi, il suo ruolo si accentua proprio laddove la relazione giuridicamente rilevante assume una connotazione squilibrata²⁶.

Tutto ciò detto, la sfida portata avanti dalla Cassazione a partire dal 2011 consiste nell'estendere, al rapporto che si instaura tra pubblica amministrazione e privati, le riflessioni ed i concetti ora riferiti²⁷. Più esattamente, il procedimento amministrativo viene visto come la sede naturale per configurare un ambiente giuridico nel quale richiamare regole e principi dell'obbligazione in generale, tra cui soprattutto il concetto di buona fede, quale sviluppato nell'ambito del diritto privato²⁸. Anche in questo caso si nota il supporto accademico; quella stessa

²² Secondo F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea*, III, Padova, 2003, 480, la risarcibilità degli interessi legittimi può consentire di utilizzare la buona fede anche al fine di responsabilizzare la pubblica amministrazione, sanzionando le violazioni del principio sia con l'invalidità del provvedimento sia con il risarcimento del danno provocato.

²³ Si vedano, a titolo puramente esemplificativo, Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128; Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726; Cass., 5 marzo 2009, n. 5348; Cass., 19 giugno 2009, n. 14343; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; Cass., 1 aprile 2011, n. 7557; Cass., 21 gennaio 2014, n. 1179.

²⁴ Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248 e Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77.

²⁵ Come sembrano prefigurare gli studiosi del diritto amministrativo; cfr. G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 10.

²⁶ Lo ricordano puntualmente A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *La natura relazionale [...]*, cit., 823.

²⁷ A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. giur.*, 2011, 942, ha subito colto la natura estensiva della tutela elargita dalla Cassazione in favore del privato.

²⁸ Cfr. G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, cit., 151; F. DEGLI INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e*

dottrina che molto si è spesa per costruire scientificamente gli obblighi di protezione in termini generali oggi discorre di “civilizzazione” della pubblica amministrazione, ovvero si fa propalatrice di una nozione unitaria di rapporto giuridico, che sarebbe comune, ovvero trasversale, tanto al diritto privato quanto al diritto pubblico²⁹.

Forte di questo sostegno, la Cassazione prosegue nel suo percorso, e dunque ravvisa la sussistenza di una responsabilità risarcitoria, sempre scrutinabile da parte del giudice ordinario, anche nei casi in cui la pubblica amministrazione assume una condotta ondivaga nell’ambito di un procedimento finalizzato all’emanazione di un provvedimento ampliativo³⁰, oppure in cui suscita un affidamento preventivo circa l’adozione di un provvedimento ampliativo, che però non viene poi emesso³¹.

3. Gli orientamenti espressi dalla Cassazione non hanno trovato un riscontro adesivo da parte del Consiglio di Stato. Mi limito ad enucleare quelli che – almeno dal mio punto di vista – sono i profili di maggiore dissenso.

Il primo consiste nel contestare quella che precedentemente ho definito come “dissociazione” tra operato della pubblica amministrazione ed esercizio del pubblico potere³². Secondo il Consiglio di Stato, le vicende fattuali che hanno innescato i diversi contenziosi (revoca in autotutela del provvedimento, annullamento del provvedimento su iniziativa di un terzo interessato, attività procedimentale legata all’emanazione – ovvero alla mancata emanazione – di provvedimenti ampliativi) sono tutti comportamenti del soggetto pubblico che ineriscono all’esercizio – diretto o mediato – del potere amministrativo e, dunque, rientrano in quella competenza generale di natura risarcitoria che il codice del processo amministrativo ha inteso attribuire al giudice amministrativo³³.

Il secondo profilo di dissenso è più profondo, almeno dal punto di vista teorico, ed ha trovato espressione soprattutto in alcune decisioni rese

responsabilità da comportamento, in *Giust. civ.*, 2021, 122.

²⁹ In arg. A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1200.

³⁰ È il caso deciso da Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236. Sull’importanza della coerenza comportamentale della pubblica amministrazione si sofferma F. VENOSTA, *“Contatto sociale” e affidamento*, cit., 122.

³¹ Qui il riferimento è alla decisione Cass. sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.

³² Cfr. G. TULUMELLO, *Le Sezioni unite e il danno da affidamento procedimentale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 16; *Id.*, *La tutela dell’affidamento del privato [...]*, cit., 13; M. FILIPPI, *Il principio dell’affidamento [...]*, cit., 2 e s.; E. ZAMPETTI, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 670.

³³ Particolarmente chiara, in tal senso, la motivazione di Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20.

dall'Adunanza plenaria nel 2021³⁴, dopo che alcune pronunce precedenti³⁵ avevano invece manifestato una qualche convergenza con gli orientamenti della Cassazione³⁶. Il dissenso verte proprio sulla possibilità di trapiantare, all'interno del procedimento amministrativo, le regole ed i principi "civilistici" del rapporto obbligatorio, rielaborati secondo quella prospettiva relazionale di cui si è precedentemente dato conto.

Nelle pronunce del 2021 l'Adunanza plenaria prende una posizione nettamente contraria a questa impostazione, sostenendo che – in estrema sintesi – l'attività procedimentale della pubblica amministrazione è soggetta a regole puntuali e si estrinseca solamente in atti formali, scrutinabili secondo le norme di legge. Orbene, prosegue il ragionamento del giudice amministrativo, al di fuori di queste espresse indicazioni normative non vi è lo spazio né per configurare ulteriori obblighi in capo all'amministrazione, né per attribuire le corrispondenti situazioni giuridiche soggettive di vantaggio in capo al privato. Di conseguenza, non vi è nemmeno lo spazio concettuale per delineare quella tutela risarcitoria che viceversa emerge dall'orientamento della Cassazione, nei termini sopra riferiti.

Il percorso finora seguito ci ha condotto di fronte al nodo teorico del dibattito, che potrebbe essere schematizzato nei termini che seguono.

Da un lato, la Cassazione, facendo leva sulla recente elaborazione della dottrina civilistica in materia di obbligazioni, ravvisa nel procedimento amministrativo una sorta di "terreno di coltura"³⁷ per sostanziare – in capo alle

³⁴ Si vedano, in particolare, Cons. St., ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7; Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20.

³⁵ Così Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5. Al par. 32 della motivazione si legge quanto segue: *"La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza"*.

E, poi, al paragrafo successivo: *"il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale"*.

³⁶ La distanza tra le decisioni assunte dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel 2018 e nel 2021 è stata ripetutamente sottolineata in dottrina. Cfr., ad esempio, G.D. COMPORTI, *L'Adunanza delle occasioni perse: responsabilità della P.A. in cerca di qualità*, in *Giur. it.*, 2022, 710; C. CONTESSA, *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Urb. app.*, 2021, 624; S. MIRATE, *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara d'appalto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 531.

³⁷ Nello stesso senso anche C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» [...]*, cit., 643; L. CANNATA, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per attività provvedimentale*, in *Danno e*

parti e, in particolare, alla pubblica amministrazione – una serie di obblighi ulteriori rispetto a quelli che discendono dal formale dato normativo³⁸.

Nel dettaglio, la chiave di volta è rappresentata dalla clausola generale di buona fede, da cui discendono gli obblighi di protezione reciproca³⁹; la vigenza di tali obblighi viene ulteriormente rafforzata dal particolare *status* professionale della pubblica amministrazione, che genera nel privato un affidamento circa l'operato del soggetto pubblico e la sua conformità a canoni di correttezza, lealtà, coerenza⁴⁰.

Le speculari pretese che sorgono nella sfera giuridica del privato vengono qualificate in termini di diritto soggettivo, con tutte le ovvie ricadute in punto di riparto di giurisdizione. In chiusura del cerchio, la violazione di questi canoni genera, in capo all'amministrazione, una responsabilità, che – a questo punto – non può che essere qualificata in termini contrattuali, nell'accezione sopra richiamata⁴¹.

Dall'altro lato, il Consiglio di Stato ripudia questa "contaminazione" tra procedimento amministrativo e disciplina generale del rapporto obbligatorio; più esattamente, il giudice amministrativo rifiuta di qualificare in termini relazionali il rapporto che sorge tra pubblica amministrazione e privato⁴², per escludere così – in capo al soggetto pubblico – la sussistenza di obblighi ulteriori rispetto a quelli esplicitamente posti dalle norme di legge. In una delle sue decisioni⁴³ l'Adunanza

resp., 2022, 305. Cenni in V. NERI, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a venti anni dalla sua pubblicazione*, in *Urb. app.*, 2019, 617.

³⁸ Perplexità sul punto si leggono in F. VENOSTA, "Contatto sociale" e affidamento, cit., 190.

³⁹ Così A. NICOLUSSI, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir. Annali*, VIII, Milano, 2015, 664. In arg. anche F. VENOSTA, "Contatto sociale" e affidamento, cit., 188; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 98 e s.; G. GUGLIELMI, *Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1000. Da ultimo, G. ANZANI, *Relazioni qualificate e responsabilità civile*, 1, in *Studium Iuris*, 2024, 177.

⁴⁰ Cfr. A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *La natura relazionale [...]*, cit., 836; F. VENOSTA, "Contatto sociale" e affidamento, cit., 31; V. NERI, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 [...]*, cit., 618.

⁴¹ Si veda la compiuta dimostrazione in A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico [...]*, cit., 1218; nonché ID.-F. ZECCHIN, *La natura relazionale [...]*, cit., 829.

⁴² Cfr. C. CONTESSA, *L'Adunanza plenaria [...]*, cit., 624, secondo cui "l'evoluzione recente dei modelli amministrativi non giustifica la tesi secondo cui la crescente responsabilizzazione dell'amministrazione nei confronti del cittadino giustificerebbe una ricostruzione in chiave sostanzialmente obbligatoria - e quindi paritetica - del complesso di doveri (di natura comunque pubblicistica) che gravano sull'amministrazione".

Osservazione di segno di verso in F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e [...]*, cit., 478, secondo il quale il dovere di collaborazione potrebbe avere sviluppi prodigiosi, in modo da cambiare profondamente l'atteggiamento della pubblica amministrazione, che attualmente viene ritenuto elusivo, disimpegnato e dilatorio, sostanzialmente non collaborativo, verso un atteggiamento di concreto e positivo ausilio degli amministrati.

⁴³ Nella decisione n. 7/2021 si legge che: "Né la fattispecie in esame può essere ricondotta alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di "contatto sociale", in quanto, a tacer d'altro, oltre a quanto osservato sulla natura del "rapporto amministrativo", la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di "supremazia", cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul "contatto sociale" che si fondano sulla relazione paritaria".

plenaria discorre esplicitamente di “supremazia” del soggetto pubblico rispetto a quello privato, proprio per escludere la sussistenza di qualsiasi nesso di reciprocità tra i due soggetti, privato e pubblica amministrazione⁴⁴.

Questa impostazione conduce il giudice amministrativo a qualificare in termini (non contrattuali, bensì) aquiliani⁴⁵ la responsabilità dell’amministrazione verso il privato⁴⁶; non basta quindi un generico obbligo di protezione, ma occorre individuare un interesse giuridicamente protetto (magari di rilievo costituzionale, se si volesse prestare ascolto al c.d. diritto vivente) per porre – in capo al soggetto pubblico – una prestazione risarcitoria verso il soggetto privato. In questa accezione⁴⁷, per la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione si profila il ruolo di correttivo per gli eccessi, ovvero per le violazioni più gravi e macroscopiche, che dovessero essere commesse verso il soggetto privato⁴⁸.

In altri termini, seguendo l’impostazione adottata dal Consiglio di Stato, la soglia di ingresso alla tutela risarcitoria per il soggetto privato risulta più elevata rispetto a quella che scaturisce dall’orientamento della Cassazione⁴⁹. Anche a prescindere dalle differenze applicative in punto di onere probatorio (che, in questa sede, non posso essere approfondite⁵⁰), giova ricordare che – schematicamente – la responsabilità aquiliana assolve ad una funzione che potrebbe definirsi conservativa/difensiva, mentre quella contrattuale svolge un ruolo ampliativo/acquisitivo⁵¹.

⁴⁴ Considerazioni critiche in G.D. COMPORTI, *L’Adunanza delle occasioni perse*: [...], cit., 710. Diversamente sul punto C. CONTESSA, *L’Adunanza plenaria* [...], cit., 624. In arg. anche A.M. GAROFALO, *Interesse legittimo e [...]*, cit., 1258.

⁴⁵ In arg. C. CONTESSA, *L’Adunanza plenaria* [...], cit., 622. Nella dottrina civilistica fortemente critico si palesa il pensiero di C. CASTRONOVO, *La «civiltà» [...]*, cit., 639; cfr. anche A.M. GAROFALO, *Interesse legittimo e [...]*, cit., 1281.

⁴⁶ Si veda però V. NERI, *Ripensare la sentenza n. 500/1999* [...], cit., 614.

⁴⁷ Secondo G.D. COMPORTI, *L’Adunanza delle occasioni perse*: [...], cit., 714, si tratta del tentativo, condotto dalla giurisprudenza amministrativa, di delineare un modello speciale di responsabilità.

⁴⁸ In una prospettiva comparatistica, con specifico riguardo all’esperienza inglese, si veda C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 131; nonché G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, cit., 282. In arg. già F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni “Trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001, 104 e s.

⁴⁹ In arg. G. SABATO, *Sulla natura aquiliana della responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 115.

Sulla questione della soglia di ingresso della tutela del privato in caso di lesione dell’affidamento si veda A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell’affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Riv. reg. mercati*, 2016, 2, 8.

⁵⁰ Cenni in A.M. GAROFALO, *Interesse legittimo e [...]*, cit., 1291.

⁵¹ In questi termini G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, cit., 227.

Puntuale osservazione in F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 6, secondo cui l’affidamento assume i contorni di una condizione invocata per estendere la tutela giuridica a lesioni che non rientrano nella sfera di protezione offerta dalle tradizionali situazioni giuridiche soggettive.

In concreto, dunque, se la responsabilità della pubblica amministrazione viene qualificata in termini aquiliani, occorre individuare un argomento particolarmente solido per giustificare lo spostamento di ricchezza dal soggetto pubblico a quello privato; se invece si ricorre allo schema contrattuale, l'ambiente relazionale in cui le parti già si trovano e si muovono implica necessariamente che le rispettive posizioni possano essere temperate e riequilibrate secondo una logica di reciprocità, che accompagna l'intero svolgimento del rapporto. Ciò potrebbe contribuire a creare le premesse per quel salto di qualità nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, che viene auspicato nel dibattito dottrinale, sia civilistico⁵² sia amministrativistico⁵³.

Secondo una parte, invero non trascurabile, della dottrina, alla base dell'impostazione adottata dal giudice amministrativo si colloca anche un'istanza di contenimento, ovvero di limitazione, della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione, a tutela dell'istituzione e dei suoi funzionari⁵⁴. Nello stesso senso depone anche il tema, che sembra tuttora irrisolto⁵⁵, inerente alla possibilità di configurare tale responsabilità in maniera indipendente dall'annullamento/rimozione dell'atto amministrativo. In proposito, può essere utile accennare che la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità, ormai ben delineata nella giurisprudenza della Corte di cassazione⁵⁶, potrebbe essere utilizzata anche per governare le istanze di tutela che si ricollegano all'operato delle pubbliche amministrazioni⁵⁷.

4. Passando ora alla parte conclusiva, a questo punto è lecito attendersi una presa di posizione rispetto ai termini della questione. Provo dunque a formulare qualche considerazione, con tutte le cautele del caso.

In premessa, non si può fare a meno di ricordare che il dibattito appare fortemente condizionato – per non dire “contaminato”⁵⁸ – dal problema del riparto di giurisdizione, ossia dall'incessante competizione tra i due ordini giurisdizionali circa lo scrutinio dell'operato dei soggetti pubblici, nella vasta e multiforme

In arg. anche F. VENOSTA, *“Contatto sociale” e affidamento*, cit., 41.

⁵² C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» [...]*, cit., 666.

⁵³ Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 124.

⁵⁴ In arg. F. DEGLI INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto [...]*, cit., 126.

⁵⁵ Si sofferma sulla questione C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» [...]*, cit., 661 e poi, ancora, 665 e s.; Cfr. G.D. COMPORTI, *L'Adunanza delle occasioni perse: [...]*, cit., 717, il quale accenna all'onere del privato di attivarsi per rimuovere il provvedimento illegittimo, secondo lo schema dell'art. 1227, comma 2, c.c. In arg. anche M. RENNA, voce *Responsabilità [...]*, cit., 817.

Cfr. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 848; F. DEGLI INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto [...]*, cit., 127 e s.; S. MIRATE, *I limiti dell'affidamento [...]*, cit., 534.

⁵⁶ Cfr. Cass. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

⁵⁷ Cenni in G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un “diritto amministrativo praticato”)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 9 e s.

⁵⁸ Cfr. G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato [...]*, cit., 18.

accezione che questo termine assume nell'attuale scenario normativo. Sul punto non è possibile spingersi oltre⁵⁹.

Fatta questa precisazione, e volendo attribuire al dibattito una veste nobile, il tema assume una connotazione di natura culturale, che attiene all'evoluzione complessiva dell'ordinamento giuridico e dei suoi c.d. formanti.

Secondo la mia personale lettura, il dissidio tra i due massimi organi giurisdizionali può essere compendiato come segue. La Cassazione tende ad attribuire, all'operato della pubblica amministrazione, una dimensione "duale". Vi è certamente il profilo pubblicistico, che si estrinseca nell'esercizio del potere amministrativo; ma, oltre a questo vi è anche la prospettiva del comune soggetto di diritto, che soggiace quindi alle norme ed ai principi di carattere generale, quali forgiati essenzialmente dal diritto civile⁶⁰. Nelle motivazioni delle sue decisioni, la Cassazione impiega il concetto di "fattispecie complessa"⁶¹, che include sia il procedimento amministrativo, ma anche la dimensione relazionale, di natura *lato sensu* obbligatoria, che vincola reciprocamente soggetto pubblico e soggetto privato; in questa prospettiva sistematica⁶², il procedimento amministrativo è semplicemente una parte del tutto, che non esaurisce, né potrebbe, la complessiva rilevanza giuridica della vicenda.

Dal canto suo, invece, il Consiglio di Stato disconosce questa articolazione duale⁶³, e preferisce risolvere l'intero operato della pubblica amministrazione nella sola dimensione del procedimento amministrativo, governato unicamente dalle prescrizioni formali espresse dal legislatore positivo. Esula quindi da questa impostazione la prospettiva relazionale, che guarda all'istituto civilistico dell'obbligazione nella sua declinazione moderna⁶⁴.

In via sperimentale, la questione può forse essere proiettata in un'altra luce, muovendo anche in questo caso da un brevissimo *excursus* storico. Con qualche approssimazione si può affermare che, fino ad una generazione addietro (ossia fino

⁵⁹ Si vedano alcune riflessioni in V. NERI, *Ripensare la sentenza n. 500/1999* [...], cit., 618 e s.; nonché in M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento* [...], cit., 7 e G. MANNUCCI, *Una svolta a metà sull'affidamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 345.

Secondo G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede* [...], cit., 24, i temi sono maturi per sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale – del tutto speculare rispetto a quella poi culminata nella sentenza n. 204/2004 – che assuma come contraria alle norme costituzionali sulla giurisdizione, nel significato loro attribuito dalla stessa giurisprudenza costituzionale, la disciplina positiva del riparto risultante dal diritto vivente delle Sezioni Unite.

⁶⁰ Si veda F. DEGLI INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto* [...], cit., 144; G. GUGLIELMI, *Responsabilità e pubblica amministrazione* [...], cit., 1005.

⁶¹ In arg. cfr. A. ZACCARIA, *Verdammt Zeiten* [...], cit., 1150.

⁶² Cfr. G.D. COMPORTI, *L'Adunanza delle occasioni perse*: [...], cit., 715.

⁶³ In arg. V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. app.*, 2020, 802; M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento* [...], cit., 8.

⁶⁴ In arg. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento* [...], cit., 135, il quale lamenta l'insufficienza della prospettiva pubblicistica, che considera l'affidamento solo come uno strumento di ponderazione degli interessi in gioco. Nello stesso senso anche G.D. COMPORTI, *L'Adunanza delle occasioni perse*: [...], cit., 720.

alla fine dello scorso millennio), il diritto civile era l'unico settore depositario delle categorie generali dell'ordinamento, e ad esso attingevano – in varia misura – gli altri ambiti disciplinari, tra cui anche il diritto amministrativo.

Negli ultimi venticinque anni il diritto amministrativo ha notevolmente ampliato la sua incidenza sull'ordinamento complessivo, ma soprattutto ha assunto una sua vocazione sistematica che – di fatto – è divenuta concorrente con il diritto civile. E questa concorrenza si manifesta sotto vari aspetti: giurisdizionale, come già detto, ma anche normativo. Se infatti si prendono in considerazione alcune recenti disposizioni di legge⁶⁵, vengono ivi richiamati concetti ed istituti prettamente civilistici (buona fede, affidamento), ma con una curvatura almeno apparentemente diversa da quella abituale per il civilista⁶⁶.

Sul piano del metodo, sorge spontaneo chiedersi quale sia l'esigenza di esplicitare questi concetti con riferimento all'operato della pubblica amministrazione. Non erano sufficienti i numerosi riferimenti già presenti nel codice civile, nonché nella legislazione speciale che al codice civile in qualche modo si richiama, come – ad esempio – la disciplina consumeristica? Oppure quella menzionata nei recenti interventi normativi ora citati è una buona fede diversa da quella nota alla sistematica del diritto civile, da tempo ormai risalente⁶⁷?

Il dubbio sorge, perché, ad esempio, nella giurisprudenza amministrativa il concetto di buona fede viene sovente accostato all'art. 97 della Costituzione⁶⁸, ossia al principio di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione⁶⁹. Personalmente ritengo che questo accostamento sia quantomeno dissonante rispetto alla storia del concetto di buona fede⁷⁰.

⁶⁵ Cfr. art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241; art. 5, d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici).

⁶⁶ Sulla delicatezza del "trapianto" delle categorie civilistiche in altri ambiti disciplinari si veda A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *La natura relazionale [...]*, cit., 819.

⁶⁷ Risponde negativamente G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede [...]*, cit., 3. Si veda anche A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico [...]*, cit., 1211.

Il tema era già stato lucidamente colto da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 19, laddove afferma che affidamento del cittadino significa tutelare l'affidamento nei confronti dei pubblici poteri, e non l'affidamento regolato dal diritto civile quando una delle parti è lo Stato. Nella dottrina civilistica si veda F. ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbl. contr.*, 2005, 110.

⁶⁸ Come si legge, ad esempio, nella motivazione di Cons. Stato, 27 ottobre 2023, n. 9298.

⁶⁹ In dottrina si veda A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, 78, la quale precisa che il dovere viene qui declinato in una logica collaborativa nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini, che trova nel procedimento amministrativo la sua sede naturale.

In arg. anche G.D. COMPORTI, *L'Adunanza delle occasioni perse: [...]*, cit., 720, il quale giudica insufficiente l'impostazione che risolve il problema dell'affidamento nel mero bilanciamento degli interessi del privato rispetto a quelli perseguiti dalla pubblica amministrazione.

⁷⁰ Nello stesso senso F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 56 e ss.

Il dissenso tra la prospettiva accolta dalla dottrina civilistica e da quella amministrativistica è evidente in F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 184, il quale scrive che la

Quest'ultimo, infatti, ha un'origine essenzialmente pretoria, e svolge una funzione di correzione, di "aggiustamento", rispetto al rigore formale dello *strictum ius*⁷¹. Non a caso la dottrina civilistica, laddove si è indirizzata alla ricerca di un fondamento costituzionale del concetto di buona fede, ha guardato alla solidarietà prevista dell'art. 2⁷², oppure – forse più correttamente – all'utilità sociale menzionata all'art. 41 della Carta fondamentale⁷³.

Provocatoriamente, la domanda potrebbe essere la seguente: in un settore dell'ordinamento che dichiaratamente si professa retto solo da prescrizioni formali, qual è la *ratio* sottesa al richiamo al concetto di buona fede⁷⁴? Se si avverte l'esigenza di effettuare questo richiamo, appare metodologicamente preferibile che ciò avvenga secondo una logica di coerenza, di uniformità, di dialogo con l'ambito del diritto civile e con la sua non breve storia⁷⁵.

Del resto, il dialogo può essere fruttifero da ambo i lati. La dottrina civilistica ha certamente tratto importanti benefici dall'analisi delle problematiche tipiche del diritto amministrativo, come è stato il caso – tra i tanti esempi – della responsabilità aquiliana a seguito della sua estensione al territorio dell'interesse legittimo. Specularmente, è ragionevole pensare che anche il diritto amministrativo possa trarre qualche vantaggio dall'analisi e della rielaborazione degli istituti civilistici⁷⁶. In particolare, proprio la riflessione civilistica in materia di obblighi di protezione può fornire una intelaiatura concettuale solida per

buona fede non è una norma giuridica naturalmente sussidiaria e, pertanto, un preesistente rapporto giuridico non è un presupposto indispensabile per l'operatività di questa clausola generale. Anzi, tale operatività è condizionata solo da un comportamento della pubblica amministrazione che sia idoneo a generare l'affidamento del cittadino, e la prassi è certamente un comportamento idoneo a tal fine.

Nella dottrina civilistica campeggia l'insegnamento di L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, (ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi, Milano, 2011, 272, secondo cui "quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio".

⁷¹ Così F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 349. Si veda anche F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 13, che riflette intorno alla compatibilità di questa accezione con il ruolo del giudice, nella prospettiva del principio della divisione dei poteri. In arg. anche F. MANGANARO, *Principio di buona fede [...]*, cit., 14.

⁷² Nell'ambito di una vasta letteratura si veda P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 101. Nella dottrina pubblicistica si veda G.D. COMPORTI, *L'Adunanza delle occasioni perse: [...]*, cit., 722.

⁷³ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1997, 9.

⁷⁴ Anche in questo caso soccorre il riferimento al pensiero di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 107 e s., secondo il quale occorre chiarire il rapporto intercorrente tra i principi generali non scritti (cui appartiene la buona fede) ed il principio di legalità che caratterizza il diritto amministrativo degli ordinamenti continentali, nonché lo specifico problema della compatibilità della buona fede con i principi propri dell'ordinamento amministrativo italiano (in cui vi è una certa avversione all'operatività del principio di buona fede nel diritto pubblico); l'autore precisa altresì che, a ben vedere, "gran parte dell'azione amministrativa appare regolata da norme non codificate".

⁷⁵ Nello stesso senso A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento [...]*, cit., 125.

individuare, da un lato, gli interessi meritevoli di protezione in capo al privato e, dall'altro lato, i profili di censurabilità dell'operato della pubblica amministrazione⁷⁷.

Secondo la mia personale impressione, a lungo andare il sistema ordinamentale complessivo potrebbe non reggere questa (almeno apparente) duplicazione di concetti e di formule⁷⁸. Ciò non solo per le inevitabili complicazioni pratiche ed applicative che ne deriverebbero, ma anche perché questa impostazione non trova riscontri nel diritto europeo, il quale, viceversa, tende ad avere un approccio semplificato ed unificante rispetto alle categorie generali⁷⁹. Orbene, siccome il diritto europeo è un attore ormai imprescindibile dell'evoluzione dell'ordinamento, credo che il nostro dibattito interno non possa trascurare le indicazioni che provengono dalle sue fonti di Bruxelles, Lussemburgo e Strasburgo⁸⁰.

Abstract: *il saggio ricostruisce, in una prospettiva storica, l'utilizzo dei concetti "civilistici" di buona fede ed affidamento nelle controversie tra pubblica amministrazione e soggetti privati, evidenziando la contrapposizione che si è progressivamente delineata tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato.*

⁷⁶ Osserva M. RENNA, voce *Responsabilità* [...], cit., 816, che *"la responsabilità della pubblica amministrazione [...] va sussunta in uno dei modelli di responsabilità forgiati dal diritto privato in funzione delle caratteristiche dell'azione dannosa"*.

⁷⁷ In un recente lavoro, dedicato proprio ai temi del nostro convegno odierno, una nota dottrina amministrativistica si pone il problema di stabilire quali siano i presupposti per configurare, in capo al privato, un affidamento meritevole di tutela verso la pubblica amministrazione. La risposta è la seguente: *"non è possibile determinare a priori questi requisiti. La loro individuazione è demandata alla prudente valutazione del giudice, tenendo conto delle specificità del caso concreto"*; così V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 264.

In una prospettiva attenta ai valori ordinamentali del sistema, la risposta suscita qualche perplessità ed interrogativo, quantomeno in ordine alla capacità della dottrina (in senso lato) di razionalizzare i dati dell'esperienza giuridica. Sulla questione specifica si veda, ad esempio, G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, cit., 89. Nella dottrina pubblicistica si veda, ad esempio, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 10.

⁷⁸ Nello stesso senso G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede* [...], cit., 22; G.D. COMPORTI, *L'Adunanza delle occasioni perse*: [...], cit., 714. In arg. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento* [...], cit., 139.

⁷⁹ Si vedano, ad esempio le pronunce della Corte di Giustizia in tema di tutela dell'affidamento; CGE, 23 gennaio 2019, in causa C-419/17 P (*Deza*) e CGE, 14 marzo 2013, causa C-545/11 (*Agrargenossenschaft Neuzelle*).

⁸⁰ È l'auspicio con cui si conclude l'ampio studio di A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico* [...], cit., 1234.

Per questa indicazione metodologica si veda anche F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della «alternanza»*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 570 e s.; nonché F. DEGLI INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto* [...], cit., 161. In arg. anche A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela* [...], cit., 49.

Il raffronto tra gli orientamenti seguiti dai due organi giurisdizionali pone alcuni interrogativi in ordine alla coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico, anche nella prospettiva del dialogo con quello eurounitario.

The essay reconstructs, from a historical perspective, the use of the "civil" concepts of good faith and trust in disputes between public administration and private subjects, highlighting the opposition that has progressively emerged between the Court of Cassation and the Council of State.

The comparison between the approaches followed by the two jurisdictional bodies raises some questions regarding the systematic coherence of the legal system, also in the perspective of dialogue with the European Union.