



2 LUGLIO 2025

Considerazioni sull'affidamento nei
confronti della pubblica
amministrazione e riparto di
giurisdizione

di Daniele Leone

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza Università di Roma

Considerazioni sull'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*

di **Daniele Leone**

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza Università di Roma

Abstract [It]: Il contributo intende affrontare con spirito critico il tema della distinzione tra affidamento legittimo e affidamento incolpevole quali posizioni giuridiche del soggetto privato nei confronti della pubblica amministrazione e tentare di sistematizzare la seconda delle due categorie citate. Per fare ciò si affronta il tema controverso della natura della situazione giuridica soggettiva e il correlato riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, oltre che il tema della natura e dei limiti della responsabilità risarcitoria invocabile dal cittadino per la lesione della situazione giuridica soggettiva vantata.

Title: Considerations on legitimate expectation in relation to public administration and the allocation of jurisdiction

Abstract [En]: This contribution aims to critically examine the distinction between legitimate expectation and good faith reliance as legal positions available to private individuals in their dealings with the public administration. It further seeks to offer a systematic framework for the latter category. To this end, the analysis addresses the contentious issue of the legal nature of such subjective legal situations and the resulting division of jurisdiction between the ordinary courts and the administrative courts. It also considers the nature and limits of the compensatory liability that may be asserted by individuals in response to the infringement of the subjective legal position claimed.

Parole chiave: affidamento legittimo, affidamento incolpevole, riparto di giurisdizione, responsabilità

Keywords: legitimate expectation, good faith reliance, allocation of jurisdiction, compensatory liability

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il dibattito giurisprudenziale e l'attuale contrapposizione tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione. 3. Affidamento legittimo e affidamento incolpevole. 4. Il fattore tempo: elemento rafforzativo ma non costitutivo. 5. Affidamento legittimo e interesse legittimo: la convergenza delle categorie. 6. L'affidamento incolpevole tra situazione giuridiche soggettive e riparto di giurisdizione. 7. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e l'affidamento incolpevole. 8. I limiti della tutela dell'affidamento incolpevole. 9. L'affidamento incolpevole tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. 10. Conclusioni.

1. Introduzione

L'articolo tratta il tema dell'affidamento, tipico del diritto civile, nel diritto amministrativo, con particolare riferimento agli ambiti del procedimento amministrativo e dell'annullamento del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario.

Traendo spunto dalla giurisprudenza sull'argomento, che vede contrapposti il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione, si analizza la teoria della distinzione tra "affidamento legittimo" e "affidamento

* Articolo sottoposto a referaggio.

incolpevole”. Il primo legato a rapporti di diritto pubblico e all’esercizio del potere; il secondo legato alle clausole generali proprie del diritto privato della buona fede e correttezza. Tale distinzione incide sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive e sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Infine si analizzano i limiti della tutela dell’affidamento incolpevole e la natura della responsabilità derivante dalla sua lesione.

2. Il dibattito giurisprudenziale e l’attuale contrapposizione tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione

Per lo studio del tema risulta necessario analizzare il quadro giurisprudenziale che si è andato formando nel tempo. Riassumendo, al momento risulta una netta contrapposizione tra la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione e quella del Consiglio di Stato, principalmente con pronunce adottate dai massimi consessi delle due autorità giudiziarie.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹ sostengono che nel caso di adozione di un provvedimento illegittimo favorevole per il destinatario, poi annullato in autotutela o dall’autorità giudiziaria, la situazione meritevole di tutela sia quella di natura civilistica di affidamento incolpevole circa l’apparente stabilità del primo atto disposto dall’autorità. Ciò avviene perché non si può invocare la tutela demolitoria della seconda determinazione dell’amministrazione, della quale infatti non si disconosce la legittimità, né quella risarcitoria per provvedimento illegittimo, in quanto legata allo stesso presupposto. La condotta dell’amministrazione può essere illecita per la lesione dell’affidamento ingenerato nel privato. Nel suo sindacato il giudice prescinde da valutazioni sull’esercizio del potere pubblico e si basa solo su una disamina del comportamento complessivo degli apparati esecutivi: non giudica la legittimità di atti, ma il comportamento dell’amministrazione. Tutto ciò quindi esclude la giurisdizione del giudice amministrativo, stante la consistenza di diritto soggettivo della situazione tutelata². In questo discorso risulta centrale il ruolo della clausola generale del diritto privato dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza quale manifestazione del generale dovere di solidarietà sociale di cui all’art. 2 della Costituzione. Inoltre, nell’ambito del procedimento amministrativo le regole pubblicistiche e quelle privatistiche operano in maniera contemporanea e parallela, determinando diverse conseguenze. Nell’esercizio del loro potere, gli apparati esecutivi sono tenuti a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico, la cui violazione implica l’invalidità del provvedimento, ma anche le norme generali dell’ordinamento civile, la violazione delle quali può generare una responsabilità da comportamento

¹ La maggior parte sono pronunce in punto di giurisdizione ex articoli 41 cpc., 91 e 110 cpa., 111 comma 8 Cost.

² Si rinvia a: Cass. civ., Sez. Un., 23 marzo 2011, ord. nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., Sez. Un., ord. 4 settembre 2015, n. 17586; Cass. civ., Sez. Un., ord. 21 aprile 2015, n. 8057; Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454.

scorretto. Da questa ricostruzione deriva la possibilità dell'insorgere della responsabilità nonostante la legittimità dell'ultimo provvedimento incisivo sulla sfera giuridica del destinatario. Il fatto storico dell'emanazione dell'atto poi caducato rileva solo quale porzione della fattispecie costituita dalla condotta complessiva dell'amministrazione.

Le Sezioni Unite sostengono che non sussista la giurisdizione del giudice amministrativo neppure nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva. La condotta andrebbe considerata “mero comportamento”: un'attività materiale non riconducibile neppure mediatamente all'esercizio del potere pubblico.

La Corte di cassazione ha anche riconosciuto una nuova categoria di danno risarcibile nell'area dei pregiudizi ricollegabili all'esercizio della funzione amministrativa³. In particolare si tratta dell'affidamento ingenerato in un soggetto privato circa l'esito positivo del procedimento amministrativo e l'emanazione di un provvedimento favorevole. Nel caso concreto, a suscitare tale aspettativa, erano state l'intensa interlocuzione tra il privato e gli uffici pubblici e le rassicurazioni fornite dai secondi. La situazione descritta può essere riassunta nella definizione di “danno da lesione dell'affidamento procedimentale”.

Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite si afferma che la giurisdizione del giudice ordinario sussista anche in questo caso perché a rilevare è un comportamento dell'amministrazione ancora più lontano dall'esercizio del potere.

L'ultimo spunto di notevole rilevanza nella giurisprudenza della Cassazione riguarda la natura della responsabilità della pubblica amministrazione per la lesione dell'affidamento incolpevole. Secondo le Sezioni Unite, il dovere di correttezza e buona fede che grava su tutti i membri della collettività si rafforza, trasformandosi in un obbligo, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati. Da chi esercita una funzione amministrativa il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*. Le Sezioni Unite ritengono di qualificare questa responsabilità come da “contatto sociale qualificato”⁴.

³ Cass. civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, chiaramente ispirata anche da F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, Diritto processuale amministrativo, Giuffrè, n. 3/2018. Le Sezioni Unite hanno superato un precedente orientamento parziale della giurisprudenza di legittimità che escludeva l'applicazione dello schema elaborato dalla stessa corte nel 2011 in mancanza di un provvedimento ampliativo per la sfera giuridica del destinatario. La Cassazione riprende molte delle argomentazioni da Cons. di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5. Scelta non condivisa da G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale*, Ufficio studi del Consiglio di Stato, 2021, che ritiene tali conclusioni valide solo per il caso specificamente considerato dalla sentenza del Consiglio di Stato, cioè quello delle trattative prenegoziali. L'autore sostiene inoltre che la pronuncia ha un significativo valore culturale perché opera una dequotazione del ruolo del provvedimento nel rapporto giuridico amministrativo, “il procedimento finora è stato, nell'ottica dei rimedi, la chiave di lettura per indagare l'illegittimità provvedimentale [...]; ora sembra invece assumere una rilevanza diversa e ulteriore.”

Si richiama anche Cass. civ., Sez. Un., ord. 24 gennaio 2023, n.2936. Già in precedenza Cass. civ., Sez. Un., ord. 20 gennaio 2022, n. 1778.

⁴ Cass. civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236. Fino a questo momento, nell'ambito considerato si era sempre affermata la classica responsabilità extracontrattuale ex 2043 cc. Condivide l'affermazione della Cassazione G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale*, cit., paragrafo 6.2.

Considerando la posizione espressa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁵, si può rilevare come anche la giurisprudenza amministrativa superi ogni preclusione circa la risarcibilità del pregiudizio correlato alla lesione dell'affidamento del destinatario di un provvedimento favorevole poi annullato dal giudice o in autotutela. La tutela dell'affidamento, nata nel campo civilistico, viene riconosciuta come elemento regolatore di ogni rapporto giuridico, compresi quelli di diritto amministrativo. L'Adunanza Plenaria, però, nega la ricostruzione operata dalla Corte di Cassazione e afferma chiaramente la sussistenza della sua giurisdizione in virtù della natura di interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva tutelata. In particolare, l'autorevole collegio sostiene che l'affidamento non sia una posizione giuridica autonoma, ma che esso si possa alternativemente riferire, a seconda dei casi, ad un diritto soggettivo o un interesse legittimo. La fiducia su cui riposa la relazione tra amministrazione e privato in questo ambito, si riferisce al potere pubblico⁶. Anche quando il comportamento degli uffici pubblici non si manifesta in provvedimenti, nondimeno il loro operato costituisce espressione delle prerogative assegnate per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla loro cura. Tale attività è riferibile dunque all'amministrazione che agisce in veste di autorità e si iscrive nella dinamica potere autoritativo-interesse legittimo. Non sarebbe possibile circoscrivere la rilevanza dei doveri di buona fede e correttezza al diritto comune, dal momento che gli stessi sono propri sia del diritto privato sia del diritto pubblico. Attraverso la stabilità del provvedimento, il privato beneficiario conserva l'utilità attribuitagli, così l'interesse legittimo passa da pretensivo a oppositivo⁷. A conferma della descritta evoluzione, secondo l'Adunanza Plenaria, si pone l'articolo 1, comma 2-bis, della legge 241 del 1990 nella formulazione raggiunta nel 2020⁸.

⁵ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, sentenze n. 19, 20, 21. Per un'analisi tendenzialmente adesiva delle questioni giuridiche da esse affrontate G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, Liber Amicorum per Salvatore Raimondi, Editoriale scientifica, 2022. Traeva conclusioni in parte coincidenti già A. TRAVI, nota a Cass., Sez. Un., ord. 23 marzo 2011, n. 6594, in Foro.it, 2011. Anche la successiva giurisprudenza amministrativa sul tema non si è discostata dalla posizione espressa dall'Adunanza plenaria nel 2021. Per tutte: Cons. di Stato, sez. IV, 25 novembre 2024, n. 9467, con nota di R. A. CAPOZZI, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della P.A. rientra sempre nella giurisdizione del giudice amministrativo*, in IUS Amministrativo, 23 gennaio 2025, che tratta sia il tema dell'affidamento circa la stabilità di un provvedimento invalido sia brevemente l'affidamento che può insorgere durante il procedimento amministrativo.

⁶ G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, (commento alla sentenza Ad. Plen. n.20 29/11/2021), *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2022, p. 7, lamenta il fatto che nella pronuncia non sia ben descritto e schematizzato il rapporto tra affidamento legittimo e incolpevole, come anche lo stesso concetto di affidamento.

⁷ A. ANTICO, *Il legittimo affidamento del privato nei confronti dell'Amministrazione*, Nota a TAR Veneto 17 giugno 2019 n. 725, in www.amministrativisteneti.it, settembre 2020, paragrafo 3, già in precedenza aveva sostenuto questa ricostruzione dell'interesse legittimo.

⁸ Comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera a), della L. 11 settembre 2020, n. 120, di conversione, con modificazioni, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76. Secondo l'Adunanza Plenaria la disposizione riportata avrebbe positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico che trae fondamento dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

La prospettata strumentalità dell'affidamento sembra però venire meno in un caso, quello in cui l'amministrazione abbia ingenerato nel privato la fiducia nell'esito positivo del procedimento. Secondo l'Adunanza Plenaria l'aspettativa diventa in sé tutelabile in via risarcitoria a prescindere dal fatto che il bene della vita sia dovuto o meno⁹. Quindi il giudice amministrativo, almeno rispetto alla meritevolezza di tutela della posizione giuridica citata, riconosce le conclusioni della Cassazione.

L'Adunanza Plenaria risponde alle preoccupazioni dei giudici amministrativi in merito all'eccessivo allargamento dell'ambito di responsabilità della pubblica amministrazione descrivendo quando l'aspettativa del privato possa essere definita "ragionevole" e quindi incolpevole¹⁰. L'autorevole collegio assolve questo compito specificando i limiti dell'affidamento meritevole di tutela dal punto di vista risarcitorio. Molto dipende dalla riconoscibilità dei vizi del provvedimento ampliativo adottato nella sequenza dei fatti¹¹.

Dalla giurisprudenza amministrativa emerge un altro punto di contrasto con le Sezioni Unite. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sostiene la natura extracontrattuale della responsabilità dell'amministrazione da lesione dell'affidamento incolpevole¹².

Dal quadro così delineato emerge l'attualità del contrasto tra i due rami della giustizia. Anche la dottrina rispecchia questa incertezza di fondo¹³.

3. Affidamento legittimo e affidamento incolpevole. Cenni di riflessione

In primo luogo, sembra opportuno concentrarsi sulle due categorie fondamentali dell'affidamento dei privati nei confronti della pubblica amministrazione: l'affidamento "legittimo" e l'affidamento "incolpevole"¹⁴. L'affidamento legittimo si risolve nella verifica della legittimità degli atti formali attraverso cui si esprime il potere discrezionale dell'amministrazione. Si tratta della ponderazione tra l'interesse pubblico perseguito, teso alla rimozione di una situazione di vantaggio per un individuo, e gli

⁹ G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, cit., p. 8. "Qui però emerge una contraddizione. O si ritiene che l'affidamento sia una componente dell'interesse legittimo [...]. Oppure, al contrario, si ritiene che l'affidamento sia una posizione autonoma, che va garantita a prescindere dal bene finale."

¹⁰ Secondo la logica ricavabile dal Codice civile, che generalmente tutela la buona fede soggettiva se incolpevole e quindi ragionevole.

¹¹ Per l'analisi di questo aspetto si rinvia al paragrafo 8.

¹² A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla pubblica amministrazione*, Foro Italiano, n. 2/2022, pp. 2-3, manifestano la loro perplessità in merito a questa ricostruzione, riguardo un' "inusitata responsabilità extracontrattuale da inadempimento degli obblighi di protezione".

¹³ M. TRIMARCHI, *Il riparto di giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell'esercizio della funzione amministrativa*, Diritto processuale amministrativo, Giuffrè, n. 4/2024; N. PICA, *L'affidamento ingenerato dall'attività provvedimento illegittima della P.A.*, in Diritto Pubblico, n. 3/2023; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione*, Diritto Pubblico, n. 1/2018.

¹⁴ Nell'uso comune il termine "affidamento" designa la situazione di chi ripone la propria fiducia in un certo stato di cose e si regola di conseguenza. In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 1.

interessi privati del beneficiario di tale situazione favorevole e degli eventuali altri soggetti coinvolti. Diversamente, la versione “incolpevole” dell’aspettativa considerata emerge dalla delusione della fiducia riposta dal privato nel comportamento corretto dei pubblici uffici, che gli hanno arrecato un danno con la conseguente possibilità di chiederne il risarcimento. Risulta opportuno ricostruire la teoria alla base di queste due brevissime descrizioni introduttive della distinzione.

Iniziando dalla prima categoria, ad ingenerare l’affidamento legittimo è l’emersione di una situazione di vantaggio per il soggetto privato, spesso derivante da un provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica soggettiva, insieme alla posizione della stessa amministrazione, quale soggetto “professionale” del rapporto che si instaura¹⁵. Si riconosce la necessità di applicare una tecnica di tutela che si risolve nel bilanciamento degli interessi emergenti, la cosiddetta tutela ponderativa¹⁶. La garanzia delle aspettative del privato è rappresentata dall’obbligo dell’amministrazione di procedere a una ponderazione che valuti anche l’interesse del cittadino. Questa soluzione riconduce la tutela allo svolgimento del procedimento, inserendovi un argomento da considerare. I canoni della ponderazione sono quelli propri della discrezionalità amministrativa, con la precisazione che l’interesse del privato assume una rilevanza specifica nella motivazione dell’atto. Sostanzialmente il principio dell’affidamento legittimo comporta l’introduzione di una variabile specifica nell’esercizio del potere discrezionale, senza fornire la garanzia del soddisfacimento dell’interesse del soggetto privato¹⁷. Nonostante l’esistenza di un affidamento legittimo, l’interesse sostanziale ad esso collegato potrebbe risultare legittimamente insoddisfatto. La tutela del privato segue dunque lo schema ordinario del rapporto tra interessi legittimi e potere discrezionale¹⁸.

In quest’ottica l’affidamento legittimo si pone come limite al potere dell’amministrazione e non come fattore di una relazione di diritto comune. Proprio tale aspetto comporta l’irrilevanza dell’elemento psicologico del beneficiario della situazione di vantaggio che fonda l’aspettativa¹⁹ e quindi

¹⁵A. SIMONELLI, *Affidamento legittimo e illegittimo, brevi riflessioni sul ruolo sociale della P.A., due rimessioni all’Adunanza Plenaria*, (commento a Consiglio di Stato, Sez. II, ord. 9/3/2021 n. 2013, Consiglio di Stato, Sez. II, ord. 6/4/2021 n.2753), *Amministrazione in cammino*, 2021, p. 9. G. MANNUCCI, *L’affidamento nel rapporto amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, p. 11, “Nella percezione comune, l’esercizio dei pubblici poteri esprime un intrinseco valore di certezza: le decisioni pubbliche dovrebbero essere prevedibili e assicurare rapporti giuridici stabili”.

¹⁶ A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, ilMulino – rivisteweb, Fascicolo 1, gennaio-aprile 2018, p.130, che cita F. TRIMARCHI BANFI, *L’annullamento d’ufficio e l’affidamento del cittadino*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2005, p. 843 e ss. G. MANNUCCI, *L’affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 17, “Nel diritto amministrativo italiano il dibattito sull’affidamento è saldamente ancorato all’idea che tale concetto debba operare in funzione di contenimento del potere unilaterale dell’amministrazione”.

¹⁷ R. GIOVAGNOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, III edizione, Ita Edizioni, Torino, 2023, Parte II, Capitolo I.

¹⁸ Ispirandosi al diritto tedesco, in ambito europeo anche la Corte di Giustizia dagli anni Sessanta opera una ponderazione per valutare se sia stata perseguita una corretta valutazione degli interessi in gioco da parte delle strutture amministrative. CGUE, 22 marzo 1961, C-42/59 e C-49/59, *S.N.U.P.A.T. c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell’Acciaio*.

¹⁹ Di opinione opposta A. REGIO, *L’esercizio del potere di annullamento d’ufficio e la lesione del legittimo affidamento: profili sostanziali*, in *Ordines*, 1, 2018. Egli afferma l’essenzialità del requisito della buona fede in capo al privato destinatario di

un'impostazione oggettiva degli elementi da considerare. Dal punto di vista dell'amministrazione, non sarebbe rilevante valutare la conoscenza dell'invalidità o della contrarietà all'interesse pubblico dell'atto favorevole o della situazione di vantaggio da parte del privato.

Questione ulteriore e più spinosa riguarda la dinamica in cui l'illegittimità sia stata causata proprio dalla condotta del destinatario, il quale abbia rappresentato in modo inesatto o incompleto i fatti posti alla base della determinazione dell'amministrazione. La giurisprudenza in questi casi esclude la possibilità di riconoscere una posizione di affidamento legittimo²⁰. Probabilmente dopo l'introduzione del comma 2-*bis* all'art. 1 della l. 241/90, almeno nel caso di malafede, non è più possibile sostenere la rilevanza giuridica dell'affidamento legittimo del soggetto privato titolare della posizione di vantaggio. Ciò accade anche sulla base delle esigenze di giustizia sostanziale che hanno portato alle prime elaborazioni del principio dell'affidamento²¹, seppur in un diverso settore dell'ordinamento giuridico.

Il tema del legittimo affidamento si ricollega alla concezione espressa dalla Corte di giustizia del principio generale della certezza del diritto, che mira a garantire un quadro giuridico stabile e chiaro²². Inoltre l'affidamento legittimo, legandosi alla discrezionalità dei pubblici uffici, mostra un nesso con il principio di proporzionalità, quale criterio di valutazione delle forme di esercizio dei poteri che incidono negativamente nella sfera giuridica del destinatario, e inevitabilmente anche con il principio di ragionevolezza. Per tutte queste ragioni risulta corretto ricondurre l'aspettativa emergente in ambito pubblicistico all'articolo 3 della Costituzione italiana, in particolare per il legame con il principio di uguaglianza-ragionevolezza spesso usato dalla Corte Costituzionale per tutelare situazioni di affidamento nei confronti del potere dello Stato.

Dopo aver trattato l'affidamento "legittimo", si può analizzare lo stesso principio nella sua versione "incolpevole". Come efficacemente sintetizzato in dottrina, esso si compone di tre elementi: "la fiducia, la delusione della fiducia e il danno subito a causa della fiducia mal riposta"²³. Ciò si correla all'obbligo di buona fede e correttezza, tipico delle relazioni di diritto comune, che, se leso, prevede la tutela in forma risarcitoria. Ormai, nonostante un orientamento contrario²⁴, dopo la consacrazione definitiva con le tre

un provvedimento amministrativo per configurare l'interesse legittimo. In questo senso anche Cons. di Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440.

²⁰ Cons. di Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n.8. F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., pp. 839-840, sostiene che ciò derivi da una discutibile commistione dei requisiti dell'affidamento nella sua versione legata al diritto civile e di quella considerata in ambito amministrativo.

²¹ Tema analizzato in passato da R. SACCO, voce "Affidamento", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, pp. 661-668.

²² Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 161. A. ANTICO, *Il legittimo affidamento del privato nei confronti dell'Amministrazione*, cit., paragrafo 3, collega l'elemento dell'affidamento legittimo all'interesse pubblico alla certezza del diritto e la sua tutela all'"amplissimo genus del principio di legalità".

²³ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 830, richiamata chiaramente da Cass. Civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236.

²⁴ Considerando uno dei primi scritti contrari all'emersione in questo ambito della figura del danno da affidamento, A. TRAVI, nota a Cass., Sez. Un., ord. 23 marzo 2011, n. 6594, in *Foro.it*, 2011.

sentenze dell'Adunanza Plenaria del 29 novembre 2021²⁵, il giudice civile e il giudice amministrativo riconoscono la meritevolezza di tutela dell'affidamento incolpevole, pur con percorsi diversi²⁶. La responsabilità dei pubblici uffici per la lesione di tale elemento risponde alle esigenze riparatorie che non possono essere soddisfatte con la tutela pubblicistica dell'affidamento legittimo²⁷. Infatti, come si vedrà successivamente nella trattazione, un provvedimento dell'amministrazione che non rispetta l'affidamento legittimo è annullabile da parte del giudice amministrativo. Se invece lo stesso provvedimento dovesse rivelarsi legittimo, si potrebbe comunque ravvisare una lesione dell'affidamento incolpevole, con il relativo obbligo di risarcire il danno cagionato. Questa estensione delle norme di comportamento generali risulta necessaria perché altrimenti si creerebbe un regime privilegiato a favore del soggetto pubblico. Mentre l'aspettativa di carattere pubblicistico prima descritta non è tendenzialmente legata all'elemento soggettivo del cittadino, lo è quella civilistica ora analizzata. Ciò perché una regola generale di diritto privato richiede che, per essere tutelato, l'affidamento sia "senza colpa"²⁸. Per questo motivo risulta rilevante anche il principio di autoresponsabilità delle parti e, infatti, si potrebbe sostenere che l'efficacia causale della condotta altrui nella produzione del danno sia subordinata all'attitudine di tale condotta a indurre una persona diligente ad assumere le decisioni che si riveleranno poi dannose²⁹. Quindi risulta necessaria l'oggettiva contrarietà alle regole di lealtà e correttezza e la qualità di *condicio sine qua non* delle scelte negoziali negative del privato³⁰. Ciò rende l'affidamento "incolpevole" o "ragionevole"³¹. Nel giudizio sull'attitudine anzidetta intervengono anche fattori che riguardano le qualità di entrambe le parti del rapporto³². In ogni caso risulta necessaria almeno la buona fede soggettiva del privato che si relaziona con gli uffici pubblici³³.

²⁵ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20, 21. Tali sentenze si pongono a loro modo nella linea di continuità avviata da Cass., civ., Sez. Un., ord. 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596.

²⁶ A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla pubblica amministrazione*, Foro Italiano, n. 2/2022, p. 2.

²⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 852.

²⁸ Generalmente si fa riferimento all'art. 1147, comma 2, cc.

²⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 825.

³⁰ Cons. di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit. Con una sintesi molto efficace A. ANTICO, *Il legittimo affidamento del privato nei confronti dell'Amministrazione*, cit., par. 2, afferma: "la tutela dell'affidamento potrà essere chiesta in presenza di un comportamento altrui non ispirato alla correttezza dei rapporti (buona fede oggettiva) e che ingeneri nel soggetto con cui intrattiene un rapporto giuridico l'erroneo convincimento (buona fede soggettiva) che la realtà sia come appare".

³¹ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20, 21.

³² In ambito europeo in un'occasione la CGUE ha affermato che si potesse perfino presumere la consapevolezza dell'illegittimità da parte del destinatario dell'atto amministrativo in virtù della sua qualità professionale: CGUE, 2 marzo 1997, C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH*.

³³ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 825-826, ritiene che la composizione tra il principio dell'affidamento e quello di autoresponsabilità si realizzi attraverso l'elemento soggettivo, posto come elemento costitutivo dell'affidamento incolpevole. Per "buona fede soggettiva" la dottrina maggioritaria intende la ragionevole fiducia circa la correttezza dell'attività della PA.

Come si è accennato, l'affidamento incolpevole è generalmente ricollegato al principio di correttezza e buona fede³⁴. È affermazione largamente condivisa che tali regole di comportamento rappresentino una manifestazione del generale dovere di solidarietà sociale ed economica che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione.

Descritte le due manifestazioni emergenti del principio generale approfondito in questa trattazione, si può valutare un collegamento con la giurisprudenza europea. Nel 2017³⁵ la Corte di Giustizia ha sostenuto che l'affidamento costituisca un corollario della certezza del diritto ma anche che, nonostante gli ampi margini di sovrapposizione, si possa affermare una distinzione tra i due principi citati, giacché nel primo appare centrale la dimensione soggettiva, invece nel secondo si impone la dimensione oggettiva. Tentando di riportare tali affermazioni nella costruzione teorica accolta in questa trattazione, si potrebbe sostituire la coppia “certezza del diritto - affidamento” con il binomio “affidamento legittimo - affidamento incolpevole”. Infatti questi due ultimi aspetti si distinguono nella logica oggettiva - soggettiva, ricollegabile anche alla coppia di principi ispiratori articolo 3 - articolo 2 della Costituzione italiana.

Dopo aver ricostruito le due tipologie di aspettative, risulta necessario affrontare uno dei temi più controversi ad esse collegati: la determinazione del loro oggetto. Molti commentatori si sono chiesti su quale elemento i soggetti privati facciano affidamento nei rapporti con l'amministrazione³⁶.

In giurisprudenza le ricostruzioni più comuni considerano quale oggetto dell'aspettativa la legittimità dell'atto amministrativo attributivo della posizione di vantaggio per il privato³⁷, o la conservazione della situazione per esso favorevole³⁸. Seguendo l'impostazione teorica accolta in questo paragrafo, risulta opportuno scindere nuovamente le due tipologie di affidamento. Per quanto riguarda l'affidamento legittimo, sembrerebbe coerente sostenere che il suo oggetto sia la stabilità della situazione favorevole per il soggetto privato. Ciò in quanto tale aspettativa, oltre che nel classico caso dell'annullamento, emerge anche nell'ambito dell'istituto della revoca. Essa deriva dalla natura stessa dei pubblici uffici, dato il loro ruolo di autorità idoneo ad ingenerare aspettative nei rapporti con i privati. Per quanto riguarda l'affidamento incolpevole, il discorso è più complesso. Sembrerebbe che l'oggetto di tale aspettativa sia costituito dalla correttezza e non contraddittorietà dell'agire della pubblica amministrazione. Tale

³⁴ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, il Mulino, Bologna, 2019, p. 163, che cita anche Cons. di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.

³⁵ CGUE, 20 dicembre 2017, C-332/16, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*, citata da Cass. civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236.

³⁶ Ad esempio, nel commentare Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, cit., p. 7, lamenta il fatto che l'autorevole collegio non abbia specificato questo aspetto e, anzi, sembrerebbe essersi contraddetto in due punti.

³⁷ In questo senso le tre ordinanze “gemelle”: Cass. Civ., Sez. Un., ord. 23 marzo 2011, nn. 6594-6596.

³⁸ In questo senso: Cass. Civ., Sez. Un., ord. 4 settembre 2015, n. 17586, valutata positivamente da F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit.

elemento, come si diceva sopra, può essere considerato una manifestazione del dovere di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Costituzione, tra l'altro strumentale alla libertà di autodeterminazione negoziale di cui all'articolo 41. In virtù delle considerazioni riportate, sembrerebbe operabile una sintesi: a costituire l'oggetto dell'affidamento incolpevole sarebbe la coerenza dell'attività della pubblica amministrazione, quale garanzia della libertà di autodeterminazione negoziale dei soggetti privati che con essa entrano in relazione.

È opportuno declinare queste ricostruzioni nei due casi principali affrontati da giurisprudenza e dottrina, ossia l'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo ampliativo della sfera giuridica del soggetto privato e l'emersione del cosiddetto affidamento procedimentale³⁹. Per quanto riguarda il primo, si possono rilevare potenzialmente entrambe le tipologie di affidamento. Infatti risultano importanti sia la tutela ponderativa, a garanzia dell'effettiva considerazione dell'aspettativa del privato in merito al mantenimento della situazione di vantaggio generata dal provvedimento favorevole, sia la tutela risarcitoria tesa alla riparazione del danno derivante dalla lesione della fiducia nella coerenza dell'attività dell'amministrazione⁴⁰. Nel caso di esercizio legittimo del potere di autotutela, la condotta complessiva dei pubblici uffici potrebbe essere comunque considerata lesiva della fiducia riposta dal privato nel comportamento corretto e coerente dell'amministrazione, facendo così emergere un danno risarcibile.

Il discorso risulta più complesso per quanto riguarda l'affidamento procedimentale. In questo secondo caso sembrerebbe non configurabile un affidamento legittimo perché nella fase considerata del rapporto giuridico amministrativo non sussiste una situazione favorevole per il soggetto privato e quindi non può emergere un'aspettativa circa la sua stabilità. Allo stesso tempo, sembrerebbe poter emergere un affidamento incolpevole perché anche durante il procedimento sussiste il dovere di correttezza per gli uffici pubblici. Quindi una condotta contraddittoria dell'amministrazione potrebbe comunque frustrare l'aspettativa del soggetto privato, incidendo così negativamente sulla sua libertà di autodeterminazione negoziale. In realtà, dottrina e giurisprudenza non sono unanimemente concordi su questo aspetto. In una sentenza del Consiglio di Stato, partendo dalla constatazione che il procedimento non sia un'attività relazionale a forma libera, il collegio giudicante ha sostenuto che la pretesa di ritenere *non iure* la condotta della pubblica amministrazione debba passare inevitabilmente per l'accertamento dell'illegittimità dei suoi atti e che quindi in sua mancanza non sia possibile l'accertamento della violazione del dovere di buona

³⁹ Esso riguarda gli affidamenti ingenerati, anche tramite assicurazioni informali e scambi di comunicazioni con gli uffici competenti, circa l'esito positivo di procedimenti su istanza di parte conclusi senza l'emaneazione di alcun provvedimento. Così M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 125.

⁴⁰ Che l'annullamento sia disposto dall'apparato esecutivo in autotutela o dal giudice al termine di un processo non cambia. Sia se la caducazione dell'atto dovesse essere disposta dall'amministrazione, sia se dovesse disposta dal giudice, comunque la condotta complessiva dei pubblici uffici potrebbe essere considerata lesiva della fiducia riposta dal privato nel comportamento corretto e coerente dell'amministrazione se si pone al centro la sua libertà di autodeterminazione negoziale.

fede e correttezza da parte dell'amministrazione⁴¹. Tale linea di pensiero considera rilevanti solo le regole dell'agire pubblicistico nell'ambito del procedimento amministrativo e non ammette l'ingerenza delle regole di diritto privato⁴². Seguendo l'impostazione descritta precedentemente in questa trattazione, risulta invece necessario sostenere che sia possibile l'insorgenza dell'affidamento incolpevole procedimentale. Accogliendo il diverso orientamento, infatti, si finirebbe per creare delle "zone franche" di responsabilità, introducendo un regime privilegiato in favore dell'amministrazione⁴³, poco compatibile con il percorso verso una logica maggiormente paritaria dei rapporti tra pubblici uffici e soggetti privati. Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sembra aver ammesso la tutela risarcitoria a fronte della lesione delle ragionevoli aspettative circa la conclusione positiva del procedimento causata dal comportamento dei pubblici uffici, a prescindere dalla spettanza del bene della vita desiderato⁴⁴.

4. Il fattore tempo: elemento rafforzativo ma non costitutivo

L'ultimo aspetto da valutare per completare la descrizione delle due forme di affidamento riguarda il fattore tempo. In giurisprudenza esiste un orientamento che tende ad escludere l'insorgenza di un'aspettativa meritevole di tutela nell'ambito dell'annullamento del provvedimento illegittimo qualora l'intervento caducatorio dell'atto avvenga a breve distanza dall'emanazione dello stesso⁴⁵. Questa impostazione si ricollega ad una tesi dottrinale che individua l'oggetto dell'affidamento nel perdurare dell'inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela. Sostanzialmente, secondo tale tesi, fino a quando non sia rinvenibile l'inerzia, non sussiste un'aspettativa meritevole di tutela⁴⁶. Nella logica seguita nella presente trattazione non sembrerebbe possibile affermare che il tempo valga come elemento costitutivo dell'affidamento del soggetto privato, salvo i casi in cui tale elemento abbia per legge un determinato valore giuridico⁴⁷. In realtà anche in queste dinamiche, dopo il superamento del termine indicato dal legislatore, il perdurare dell'inerzia dell'amministrazione non ha valenza costitutiva delle aspettative dei privati. Nell'ambito dell'affidamento legittimo tale valutazione deriva dall'idoneità dei

⁴¹ Cons. di Stato, Sez. III, 4 agosto 2021, n. 5758.

⁴² Attenta dottrina fa notare che lo svolgimento di un procedimento il più possibile aperto al confronto con i privati rappresenta la modalità dell'agire amministrativo che riduce maggiormente le possibilità di adottare un provvedimento illegittimo, ma che proprio tale impostazione rischia di ingenerare nei soggetti privati aspettative. Da questa tendenziale contrapposizione, tale dottrina ricava una dimostrazione dell'inopportunità dell'intervento delle regole tipiche del diritto comune di buona fede e correttezza in aggiunta a quelle tradizionali del diritto amministrativo. In questo senso, G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale*, Ufficio studi Consiglio di Stato, 2021, paragrafo 10.

⁴³ Utilizzando le parole di Cons. di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁴⁴ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20.

⁴⁵ Cons. di Stato, sez. V, 16 luglio 2015, n. 67.

⁴⁶ Tesi riportata, ma non accolta, da F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 831. Anche la Corte di Giustizia tende a richiedere che sia decorso un certo periodo di tempo dall'adozione del provvedimento.

⁴⁷ Si richiamano le discipline del cosiddetto silenzio significativo e della SCIA.

pubblici uffici a ingenerare aspettative attraverso la sola qualifica di autorità nelle relazioni con i privati. Il fattore temporale pertanto non incide sulla pretesa alla considerazione dell'interesse al mantenimento della situazione di vantaggio o tantomeno sulla sua stessa esistenza. Invece nell'ambito dell'affidamento incolpevole, l'irrilevanza dal punto di vista costitutivo del fattore temporale risulta coerente con il suo oggetto, costituito dalla correttezza e non contraddittorietà dell'agire dell'amministrazione. Infatti, per comportarne l'emersione, basteranno gli atti lesivi della libertà di autodeterminazione negoziale del soggetto privato.

Detto ciò, comunque, il fattore temporale può influire sulla consistenza dell'affidamento del cittadino nel caso concreto, vale a dire sull'esito della comparazione degli interessi nell'ambito della tutela ponderativa e sulla consistenza del danno da riparare nell'ambito della tutela risarcitoria. Più a lungo perdura la situazione di vantaggio per il soggetto privato e maggiore sarà l'interesse al suo mantenimento⁴⁸, così come maggiore sarà l'entità potenziale delle scelte dannose dal punto di vista negoziale compiute da chi ha riposto la sua fiducia nella coerenza del comportamento dell'amministrazione.

Sostanzialmente quindi si potrebbe dire che il fattore tempo non è un elemento costitutivo dell'affidamento ma comunque lo rafforza quale elemento meritevole di tutela⁴⁹. Certamente risulta logicamente più facile configurare una lesione dell'affidamento legittimo a seguito di un annullamento immediato mentre risulta meno probabile, anche se non impossibile, configurare un effettivo danno risarcibile in assenza del tempo generalmente necessario per adottare scelte negoziali dannose.

5. Affidamento legittimo e interesse legittimo: la convergenza delle categorie

Come si è visto nel paragrafo precedente, l'affidamento legittimo è costituito dall'aspettativa del soggetto privato riguardante il mantenimento della posizione di vantaggio contrapposta all'esercizio del potere pubblico. Esso si collega alla cosiddetta tutela ponderativa, quale obbligo dell'amministrazione di considerare e bilanciare nell'esercizio del potere discrezionale anche l'interesse del cittadino alla stabilità della situazione di vantaggio con gli altri interessi rilevanti, tra i quali spicca quello pubblico curato dall'autorità esecutiva. La tutela è congegnata in modo da prevenirne la delusione, ma la fiducia del soggetto beneficiario della situazione di vantaggio sarà lesa soltanto se nel procedimento non le verrà assegnato il giusto peso. Quindi 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.

⁴⁸ Ciò è evidente nella disciplina legislativa dell'annullamento d'ufficio (art. 21-nonies l. 241/90) nella parte in cui dispone che l'atto di autotutela venga adottato entro un termine "ragionevole".

⁴⁹ In questo senso anche A. REGIO, *L'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e la lesione del legittimo affidamento: profili sostanziali*, cit.

Se all'esito dell'attività ponderativa, l'amministrazione adotta una determinazione lesiva dell'affidamento legittimo del privato, avendone trascurato l'interesse, tale provvedimento è annullabile. Quindi la tutela giurisdizionale dell'affidamento legittimo è di tipo ripristinatorio⁵⁰.

Dagli elementi riportati si può cogliere il collegamento tra la nozione di affidamento legittimo e quella di interesse legittimo, in particolare in virtù del legame con il potere discrezionale dell'amministrazione. Esso infatti comporta che la conservazione del bene della vita in capo al soggetto privato sia rimessa alla valutazione dei pubblici uffici, i cui provvedimenti hanno natura autoritativa. Di fronte alla discrezionalità non vi è la possibilità di ascrivere in modo certo il vantaggio alla sfera giuridica del soggetto privato, ciò che caratterizza al contrario la struttura del diritto soggettivo⁵¹.

Fondamentalmente seguendo l'impostazione finora descritta, l'affidamento legittimo viene assorbito all'interno dell'interesse legittimo oppositivo, quale situazione giuridica soggettiva correlata al potere pubblico il cui esercizio incide negativamente sulla sfera soggettiva del destinatario.

Se la ponderazione non dovesse essere attuata in modo corretto, il provvedimento successivamente adottato sarebbe impugnabile di fronte al giudice amministrativo e risulta importante ragionare circa cosa si possa effettivamente far valere di fronte all'autorità giudiziaria in sede di azione di annullamento.

In questo ambito emerge una contrapposizione tra due orientamenti: uno sostiene l'annullabilità per violazione di legge in caso di lesione dell'affidamento legittimo e l'altro sostiene l'impostazione maggioritaria che riconosce una forma di eccesso di potere. La prima teoria si basa sull'inclusione della violazione dei principi generali dell'azione amministrativa all'interno dell'ambito della nozione di violazione di legge attraverso l'articolo 1 della l. 241/1990. Tra questi principi generali spicca l'affidamento legittimo, richiamato indirettamente dall'indicazione dell'ordinamento comunitario. L'orientamento maggioritario sostiene che il sindacato sulla discrezionalità amministrativa in applicazione di un principio generale comporti un'operazione ermeneutica più complessa rispetto all'accertamento di una difformità tra l'atto e una prescrizione normativa che pone un vincolo puntuale e dunque che sia preferibile non operare una siffatta inclusione⁵². Tale orientamento infatti riconduce la lesione

⁵⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 843. Ciò significa che lo schema normale di emersione di tale affidamento è quello della tutela preventiva. Schema opposto rispetto a quello della "tutela risarcitoria" dell'affidamento incolpevole, che serve a riparare ex post il danno subito dal soggetto privato in virtù della lesione della sua fiducia.

A. ANTICO, *Il legittimo affidamento del privato nei confronti dell'Amministrazione*, cit., paragrafo 3, fa notare che se si desse eccessiva importanza all'aspettativa del privato, configurandola come un limite insormontabile per i pubblici uffici, si renderebbe sostanzialmente inutilizzabile l'istituto dell'autotutela rispetto a tutti i provvedimenti favorevoli per un soggetto privato.

⁵¹ A. ANTICO, *Il legittimo affidamento del privato nei confronti dell'Amministrazione*, cit., paragrafo 3, ricollega la tutela della lesione dell'affidamento legittimo all'ampio genus del principio di legalità.

⁵² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 211.

dell'affidamento legittimo alla figura dell'eccesso di potere⁵³ in qualità di vizio di legittimità tipico dei provvedimenti discrezionali.

Detto ciò, si può rilevare come la ricostruzione teorica dell'affidamento nell'ambito dei cosiddetti provvedimenti "a doppio effetto" comporti il rischio che la pubblica amministrazione sia condannata a pagare un duplice risarcimento per due motivi diversi nell'ambito della stessa vicenda. Infatti, se essa adotta un atto illegittimo ampliativo della sfera giuridica soggettiva del destinatario ma che ha effetti restrittivi su quella di un altro soggetto privato, il secondo potrebbe impugnare la determinazione dei pubblici uffici e chiedere il risarcimento del danno subito per la lesione del suo interesse legittimo. Nel caso di accoglimento del ricorso e quindi di annullamento del provvedimento favorevole per il destinatario si potrebbe configurare la lesione del suo affidamento incolpevole, comportando così la possibilità di adire l'autorità giudiziaria e chiedere la riparazione del danno⁵⁴.

Si può rilevare come il problema riportato sia solo fattuale e non "giuridico", perché il *petitum* e la *causa petendi* dei due giudizi sono diversi. Tra l'altro, nel caso di annullamento del provvedimento favorevole invalido, il giudizio sulla lesione dell'affidamento incolpevole costituisce un *posterius* logico rispetto al riconoscimento dell'illegittimità del primo atto, che infatti non viene messa in discussione⁵⁵.

Per concludere l'analisi della figura dell'affidamento legittimo, è bene trattare della tendenza recente a superarla, sostenuta da parte della dottrina⁵⁶. Tale elemento, teorizzato parecchi anni or sono⁵⁷, è servito per accrescere la tutela del soggetto privato in un contesto normativo diverso da quello attuale, contesto in cui mancava la disciplina legislativa dei poteri di autotutela dell'amministrazione. Al giorno d'oggi l'aspettativa emergente nell'ambito pubblicistico dei rapporti tra apparati esecutivi e cittadini tende ad essere assorbita nella moderna concezione della tutela dell'interesse legittimo⁵⁸ che l'amministrazione deve comunque considerare nell'esercizio del suo potere discrezionale. Anche lo strumentario a disposizione del giudice appare soddisfacente. Alla necessità di tutela dell'affidamento pubblicistico risponde adeguatamente il sindacato del giudice circa l'eventuale eccesso di potere⁵⁹. Fondamentalmente

⁵³ Così, tra i tanti, A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, il Mulino - rivisteweb, Fascicolo 1, gennaio-aprile 2018, p. 131. Ciò, ovviamente, sempre che l'aspetto riconducibile all'affidamento legittimo non sia stato positivizzato in maniera puntuale dal legislatore, come per quanto riguarda il termine fissato in dodici mesi per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. In tal caso si potrebbe invocare il vizio di legittimità della violazione di legge. A. Antico, *Il legittimo affidamento del privato nei confronti dell'Amministrazione*, cit., par. 3.

⁵⁴ Tutto ciò non si verifica nelle vicende relative al cosiddetto affidamento procedimentale, perché in tali casi non emerge la posizione di affidamento legittimo, né un rapporto giuridico trilaterale.

⁵⁵ Cass. Civ., Sez. Un., ord. 24 gennaio 2023, n. 2936.

⁵⁶ Per tutti, G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, cit., p. 10.

⁵⁷ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè editore, Milano, 1970.

⁵⁸ G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, p. 18, "[...] la ricostruzione classica del legittimo affidamento garantisce al privato una tutela debole, che si sovrappone a quella dell'interesse legittimo".

⁵⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 5 febbraio 2021, n. 1506.

ormai la nozione di affidamento legittimo appare marginale ma allo stesso tempo si riconosce il mantenimento della sua importanza dal punto di vista argomentativo, soprattutto per cogliere al meglio il limite contrapposto al potere discrezionale. Come conseguenza della tendenza dottrinale sopra citata, da anni sembra assumere maggiore importanza lo studio della figura dell'affidamento incolpevole.

6. L'affidamento incolpevole tra situazione giuridica soggettiva e riparto di giurisdizione

Nei paragrafi precedenti ci si è dedicati alla ricostruzione della nozione di affidamento incolpevole quale aspettativa del soggetto privato, fondata sulla buona fede, circa la coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione. L'aspetto più rilevante collegato all'affidamento incolpevole risulta la sua tutela risarcitoria⁶⁰. L'eventuale condanna dell'amministrazione a risarcire il danno non compensa la perdita o il mancato ottenimento del bene della vita connesso al potere amministrativo ma serve a ristorare il pregiudizio subito a causa del convincimento circa la coerenza del comportamento dell'apparato esecutivo⁶¹. La tutela risarcitoria mostra come lo schema dell'affidamento incolpevole lo renda rilevante solo dopo la sua lesione, a differenza del suo omologo di natura pubblicistica.

Detto ciò, risulta necessario trattare la questione più discussa a proposito dell'affidamento nell'ambito amministrativo: a quale giudice spetta la giurisdizione per la tutela dell'aspettativa incolpevole circa la coerenza e non contraddittorietà del comportamento dei pubblici uffici? Il confronto si è intensificato in seguito alle tre celebri sentenze dell'Adunanza Plenaria del 29 novembre 2021⁶².

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel loro ruolo di giudice del riparto, hanno costantemente ribadito che la giurisdizione va determinata sulla base dell'oggetto della domanda giudiziale. Si deve valutare il *petitum* sostanziale, identificato in funzione della *causa petendi*. In realtà il risultato dell'operazione spesso è influenzato dalla concezione teorica accolta circa la ricostruzione delle posizioni giuridiche soggettive⁶³.

Anche in questo paragrafo si farà maggiormente riferimento ai casi più classici di emersione del tema dell'affidamento: l'ambito dell'annullamento del precedente provvedimento ampliativo della sfera

⁶⁰ Un'autorevole voce dottrinale sostiene l'opportunità dell'utilizzo di un istituto diverso quale è l'indennizzo, per tutelare le aspettative dei privati deluse dall'attività della pubblica amministrazione. In questo senso A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 134-136. Va rilevato che la giurisprudenza costituzionale ha escluso l'utilizzo della tutela indennitaria al di fuori delle dinamiche che lo prevedono espressamente (Corte Cost., 31 marzo 2015, n. 56) e ormai sia la Corte di Cassazione che il Consiglio di Stato riconoscono la meritevolezza di tutela dell'affidamento incolpevole attraverso lo schema del risarcimento del danno.

⁶¹ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20.

⁶² Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19, 20, 21.

⁶³ Ad alimentare le dispute teoriche è la disciplina processuale di risoluzione di tali controversie. Infatti ogni giudice può valutare la qualifica della situazione giuridica soggettiva del caso specifico ma a decidere sulle controversie specificamente riguardanti la giurisdizione è la Corte di Cassazione che effettua valutazioni che talvolta non convincono i magistrati amministrativi.

giuridica del privato e l'ambito dell'affidamento procedimentale. Come è stato anticipato, gli autori si dividono tra coloro che affermano la natura di interesse legittimo e i sostenitori del diritto soggettivo per quanto riguarda l'affidamento incolpevole. Questa incertezza rischia di generare due orientamenti diversi negli ambiti della giustizia civile e amministrativa circa la stessa configurabilità della tutela risarcitoria e dei suoi presupposti, e in parte ciò è già avvenuto⁶⁴.

Come massima espressione dell'impostazione che rinviene la natura di interesse legittimo, si pongono le tre sentenze del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Questa concezione si basa sull'affermazione che la fiducia del privato si riferisca non ad un comportamento materiale ma al potere pubblico, al quale si contrappone la situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo⁶⁵. Riguardo a questa dinamica del rapporto amministrazione-soggetto privato, le ricostruzioni teoriche principali sembrano essere tre: chi afferma la sussistenza di un interesse legittimo che da pretensivo si trasforma in oppositivo una volta ottenuto il bene della vita desiderato⁶⁶; chi afferma che l'interesse legittimo possa essere leso non solo da un provvedimento sfavorevole e illegittimo, ma anche da un provvedimento ampliativo della sfera giuridica che però sia anche illegittimo⁶⁷; chi sostiene che l'interesse legittimo pretensivo resti tale, ma che sia costituito oltre che dall'interesse all'ottenimento di un bene della vita, anche dall'interesse al suo mantenimento una volta ottenuto⁶⁸. Sempre nella stessa linea di pensiero, partendo dalla considerazione che il procedimento sia un iter orientato all'emanazione del provvedimento produttivo di effetti giuridici e che quindi sia regolato dalle norme che disciplinano l'esercizio del potere, si afferma che anche la lesione del cosiddetto affidamento procedimentale debba essere ricondotta alla giurisdizione del giudice amministrativo⁶⁹. L'orientamento giurisprudenziale accolto dal Consiglio di Stato considera l'obbligo del rispetto dell'affidamento ingenerato come una regola di comportamento che deve essere osservata dalle parti di ogni rapporto giuridico a prescindere dalla qualificazione della situazione giuridica soggettiva in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo. L'affidamento non è infatti

⁶⁴ Il tema della configurabilità dell'affidamento incolpevole sarà trattato nel paragrafo 8, dedicato ai suoi limiti.

⁶⁵ In questo senso G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, cit., paragrafo 6. In una logica critica Cass. Civ., Sez. Un., ord. 24 gennaio 2023, n. 2936, riporta come vari esponenti della dottrina abbiano sostenuto che la differente giurisdizione rispetto a quella amministrativa in queste dinamiche non sia compatibile con il principio di concentrazione delle tutele.

⁶⁶ Così A. ANTICO, *Il legittimo affidamento del privato nei confronti dell'Amministrazione*, cit., paragrafo 3, "[...] il rilascio del provvedimento favorevole converte istantaneamente l'interesse legittimo pretensivo che il privato vantava rispetto alla sua emanazione, in interesse legittimo oppositivo ad ogni atto o comportamento che possa caducare quello stesso atto, il quale è innervato dal legittimo affidamento del privato [...]".

⁶⁷ Così C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, n. 2, pp. 569-570, citato da F. FERRETTI, *Lesione dell'affidamento del privato ad opera della P.A. e conseguenze sul riparto di giurisdizione*, cit. In questo senso anche A. TRAVI, nota a Cass., Sez. Un., ord. 23 marzo 2011, n. 6594, in *Foro.it*, 2011.

⁶⁸ Tutte queste impostazioni sono riportate in Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19, 20, 21, cit., in quanto considerate complementari e non alternative tra loro.

⁶⁹ In questo senso anche G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, cit., ma egli afferma perfino che non si dovrebbe configurare una responsabilità in assenza di violazioni delle norme sull'esercizio del potere amministrativo.

una posizione giuridica autonoma e distinta dalle due, ma può alternativamente riferirsi ad esse. Pertanto, nell'ambito del rapporto tra potere autoritativo e soggetti privati, la situazione giuridica soggettiva risulta comunque l'interesse legittimo⁷⁰. Secondo l'Adunanza Plenaria e parte della dottrina⁷¹, l'introduzione dell'articolo 1 comma 2-*bis* della l. 241/1990 costituisce una conferma dell'assetto così delineato⁷² perché porta chiaramente all'interno del rapporto giuridico amministrativo i principi della collaborazione e della buona fede⁷³.

L'impostazione dottrinale che sostiene il collegamento tra affidamento incolpevole e diritto soggettivo, invece, pone come fondamento teorico il fatto che in queste dinamiche non si discuta circa la modalità di esercizio del potere amministrativo, ma solo a proposito del comportamento complessivo degli uffici pubblici⁷⁴. Nella dinamica dell'annullamento del precedente provvedimento ampliativo della sfera giuridica del soggetto privato, l'atto amministrativo vale solo come frammento di una fattispecie composita costituita dalla condotta complessivamente scorretta dall'amministrazione⁷⁵. Nel contesto procedimentale, invece, mancando proprio un atto della pubblica autorità, può rilevare esclusivamente il comportamento da essa tenuto⁷⁶. Una conduzione ondivaga e poco corretta del procedimento può ingenerare nel privato un affidamento incolpevole che può subire una lesione nel caso in cui venga disatteso. Queste affermazioni si basano sul riconoscimento di diversi tipi di regole, rispettivamente di diritto pubblico e di diritto civile che comportano effetti differenti nel caso di mancato rispetto delle stesse. La violazione delle prime comporta l'illegittimità del provvedimento adottato, invece la violazione

⁷⁰ TAR Toscana, sez. III, 24 agosto 2015, n. 1168, citata come sostegno alla propria affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo da A. ANTICO, *Il legittimo affidamento del privato nei confronti dell'Amministrazione*, cit., e indirettamente ripresa da Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20.

⁷¹ G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, cit., paragrafo 7.

⁷² I sostenitori di questa impostazione richiamano a sostegno della tesi anche l'introduzione dell'art. 5 nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

⁷³ In questo senso recentemente R. A. CAPOZZI, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della P.A. rientra sempre nella giurisdizione del giudice amministrativo*, in IUS Amministrativo, 23 gennaio 2025, nota a Cons. di Stato, sez. IV, 25 novembre 2024, n. 9467, l'autrice considerando che nel rapporto giuridico amministrativo convivono sia regole di validità sia regole di comportamento, sostiene l'unicità della situazione giuridica soggettiva e ritiene che "nell'ambito dell'attività autoritativa pura [...] non sarebbe possibile immaginare una distinzione tra norme di validità pubblicistiche e norme di comportamento civilistiche".

Cons. di Stato, sez. IV, 25 novembre 2024, n. 9467, sostiene che una soluzione diversa determinerebbe un allungamento inaccettabile del termine per chiedere il risarcimento alla pubblica amministrazione rispetto al regime dell'art. 30 c.p.a. Va detto, però, che la Corte Costituzionale ha da tempo affermato la legittimità costituzionale del relativo termine di decadenza per l'azione di risarcimento del danno autonoma rispetto all'azione di annullamento del provvedimento illegittimo, ma non ha affermato anche che tale termine sia necessario. Quindi ben potrebbe essere previsto un termine più lungo e nulla vieta di applicare il regime privatistico della prescrizione del diritto al risarcimento del danno.

⁷⁴ In questo senso già Cass. Civ., Sez. Un., ord. 23 marzo 2011, n. 6594-6596.

⁷⁵ Termini ripresi da Cass. Civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, cit.

⁷⁶ M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 125. Cass. Civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, cit. sostiene che quello legato all'affidamento procedimentale sia ancora più facilmente configurabile come un "mero comportamento".

delle seconde fa sorgere una responsabilità in capo all'amministrazione per i danni cagionati. Ciò, tra l'altro, avviene anche in caso di adozione di provvedimenti legittimi, perché a rilevare è la condotta complessivamente tenuta e non i singoli atti⁷⁷.

L'introduzione nelle leggi sull'esercizio del potere dei richiami alla buona fede e alla correttezza, come si legge nell'art. 1 comma 2-*bis* della legge 241 del 1990 e nell'art. 5 del Codice dei contratti pubblici, confermerebbe solo quanto già rilevato in precedenza, ovvero che tali regole valgono anche per la pubblica amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici, escludendo un privilegio in tal senso. Sembrano tendenzialmente più convincenti le argomentazioni della seconda impostazione descritta poc'anzi.

Sono state precedentemente selezionate tre ricostruzioni teoriche dell'interesse legittimo in quanto riassuntive delle affermazioni più frequenti in questo ambito. A queste possono essere contrapposte alcune riflessioni. In primo luogo, se si afferma l'emersione di un interesse legittimo pretensivo che si trasforma in oppositivo una volta ottenuto il bene della vita desiderato, allora si dovrebbe anche affermare che a ledere tale interesse legittimo sia il provvedimento sfavorevole ma legittimo di annullamento. Ciò però non sembra in linea con le ricostruzioni di tale situazione giuridica soggettiva generalmente accolte. L'amministrazione potrebbe del tutto legittimamente negare o sacrificare il bene della vita collegato all'interesse legittimo. La presenza della discrezionalità esclude che si possa ascrivere il bene ex ante al soggetto privato e proprio ciò costituisce la differenza più significativa rispetto al diritto soggettivo. In secondo luogo, l'affermazione di un interesse legittimo che può essere leso da un provvedimento invalido ma ampliativo e non solo da uno sfavorevole, si scontra con le moderne concezioni di tale situazione giuridica soggettiva di natura sostanziale, il cui baricentro è costituito dal collegamento con un bene della vita. Ne consegue che, in caso di ottenimento o mantenimento dello stesso, non rileva se la determinazione dei pubblici uffici sia legittima o illegittima⁷⁸. Infine, se si sostiene la ricostruzione innovativa dell'interesse legittimo pretensivo quale pretesa all'ottenimento del bene ed anche alla sua conservazione, la sua lesione non potrebbe che derivare come negli altri due casi dal provvedimento sfavorevole legittimo o dal provvedimento ampliativo invalido e quindi varrebbero le stesse riflessioni.

⁷⁷ Logica ben spiegata all'interno di Cons. di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

Risultano interessanti le critiche circa la riemersione della logica delle norme di azione e di relazione. Si risponde facendo notare la differenza della dinamica dell'affidamento incolpevole rispetto a quella del risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. In quest'ultima il collegamento tra l'accertamento della responsabilità civile e l'esercizio del potere risulta chiaro. Al contrario, nel caso di lesione dell'affidamento incolpevole non si lamenta alcuna invalidità degli atti dell'amministrazione ma solo la condotta complessivamente scorretta. Ciò tanto più nell'ambito del procedimento amministrativo ondivago, in cui manca proprio una forma di esercizio delle prerogative dei pubblici uffici.

I sostenitori della natura di diritto soggettivo richiamano anche la giurisprudenza della Corte EDU che ricollega la tutela delle aspettative di carattere economico-patrimoniale all'art. 1 del primo Protocollo aggiuntivo alla CEDU, che tutela il diritto di proprietà.

⁷⁸ M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., pp. 79-84.

Per quanto riguarda l'affidamento procedimentale, la mancanza di un chiaro atto di esercizio del potere amministrativo non sembra un rilievo superabile, così non possono che emergere soltanto le regole di correttezza e buona fede di matrice civilistica, a cui si legano posizioni aventi natura di diritto soggettivo⁷⁹. Inoltre una dimostrazione della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario risiede nell'individuazione del fatto dannoso fonte della tutela risarcitoria. Come si è accennato sopra, mentre per la lesione dell'interesse legittimo è il provvedimento invalido a incidere sul bene della vita, per la lesione dell'affidamento incolpevole è il comportamento complessivo dell'amministrazione a colpire la fiducia del privato⁸⁰. Di fatto in questo secondo caso non si fa neppure valere la pretesa al mantenimento o all'ottenimento di un bene della vita correlato al potere amministrativo, quindi non può ravvisarsi un interesse legittimo, nella sua moderna concezione sostanziale che lo lega al bene della vita stesso.

Quest'ultima riflessione permette di rispondere anche all'argomento del richiamo al principio di concentrazione delle tutele operato dalla recente giurisprudenza amministrativa⁸¹. Infatti, un conto è se un privato impugna il provvedimento illegittimo iniziale o l'illegittimo provvedimento di annullamento in autotutela e in questo caso si sarebbe nell'ambito tradizionale del risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Un altro conto è il caso in cui il privato non contesti la legittimità o l'illegittimità di alcun provvedimento. Infatti se lo stesso soggetto privato dovesse agire per il risarcimento del danno, egli lamenterebbe solo un comportamento dell'amministrazione e non si questionerebbe sull'esercizio del potere. Va anche ricordato che nel caso di impugnazione del primo provvedimento illegittimo, il privato nella posizione considerata in questa trattazione ricoprirebbe il ruolo di controinteressato nel giudizio e non avrebbe interesse a chiedere il risarcimento di un danno che non ha ancora subito.

7. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e l'affidamento incolpevole

Riconoscendo la natura di diritto soggettivo della situazione giuridica rilevante in caso di lesione dell'affidamento incolpevole, per completare il discorso sembra opportuno trattare il tema della giurisdizione esclusiva e gli orientamenti contrastanti circa la sua configurabilità.

Nella maggior parte delle pronunce adottate nel ruolo di giudice del riparto, la Corte di Cassazione ha negato la configurabilità della giurisdizione esclusiva dei magistrati amministrativi⁸², ma in altre

⁷⁹ Non sembra convincente l'affermazione della natura di posizione giuridica soggettiva tutelabile in sé dell'affidamento procedimentale. Tra l'altro G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, cit., p. 8, pur partendo da una posizione favorevole rispetto alla giurisdizione amministrativa, ravvisa la contraddittorietà rispetto alla ricostruzione dell'affidamento fornita fino a quel punto della sentenza.

⁸⁰ In questo senso Cass. Civ., Sez. Un., ord. 24 gennaio 2023, n. 2936.

⁸¹ Cons. di Stato, sez. IV, 25 novembre 2024, n. 9467.

⁸² Tra le tante, possono essere considerate riassuntive dell'orientamento le citate ordinanze Cass. Civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236 e Cass. Civ., Sez. Un., ord. 24 gennaio 2023, n. 2936.

ordinanze⁸³ ha seguito l'impostazione opposta. Allo stesso modo ha agito parte della dottrina nel commentare la vicenda⁸⁴. Anche in questo caso i criteri di riparto risultano spesso sfumati. Essi sono principalmente il frutto della giurisprudenza della Corte costituzionale⁸⁵, che ha fornito un'interpretazione rigorosa del termine "particolari materie" contenuto nell'articolo 103 della Costituzione. La Consulta ha definito tali settori come quelli nel cui ambito l'amministrazione agisce in veste di autorità e quindi come quelli in cui risultano prevalenti le situazioni di interesse legittimo. I pubblici uffici devono agire attraverso la spendita di poteri, esercitabili sia con atti unilaterali, sia con moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi siano ricollegabili alle prerogative degli apparati esecutivi e non siano solo "meri" comportamenti⁸⁶. Secondo una voce dottrinale⁸⁷, la nozione di esercizio anche indiretto del potere va letta in base a un approccio non atomistico ma sistemico. Essa sostiene che sarebbe troppo restrittivo richiedere che la condotta considerata sia puntualmente esecutiva di un provvedimento.

Tornando al tema dell'affidamento, durante il procedimento non sembrerebbe configurabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nell'ambito della lesione delle ragionevoli aspettative circa l'esito positivo dell'iter amministrativo. In questa fase il comportamento scorretto dei pubblici uffici si colloca in una dimensione relazionale tra amministrazione e privato, relazione nella quale manca del tutto l'esercizio del potere. Pur riconoscendo che gli apparati esecutivi nella fase procedimentale agiscono seguendo delle forme tipiche prestabilite e preordinate all'adozione di un provvedimento finale⁸⁸, in questo caso il potere pubblico risulta troppo "lontano" per ammettere la configurazione della giurisdizione esclusiva per le controversie inerenti un comportamento lesivo della fiducia.

Il discorso è più complesso per quanto concerne la dinamica dell'annullamento del precedente provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario. Secondo le più recenti pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in questo caso l'esercizio del potere amministrativo rileva come mero fatto storico, ponendosi come presupposto della questione oggetto del giudizio, cioè la lesione dell'affidamento⁸⁹. Questa riflessione sembrerebbe condivisibile, ma la valutazione risulta diversa

⁸³ In particolare: Cass. civ., Sez. Un., ord. 21 aprile 2016, n. 8057 e Cass. Civ., Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454.

⁸⁴ Così R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, Nel diritto editore, 2021, p. 1683; A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti della Pubbliche Amministrazioni: tra soluzioni di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *Federalismi*, 2011, n. 7, p. 11; V. LOPILATO, *Modelli di responsabilità della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*, *Questione di giustizia*, fascicolo 1, 2021, paragrafo 7.

⁸⁵ Principalmente: Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191; Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35.

⁸⁶ Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35, richiamata anche da Corte Cost., 16 luglio 2016, n. 179 e da Corte Cost., 15 luglio 2022, n. 178.

⁸⁷ F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Napoli, Dike giuridica editrice, IV edizione, 2022, pp. 295-296. L'autore sostiene la sufficienza di una condotta in ambiente pubblicistico.

⁸⁸ G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, cit.

⁸⁹ Cass. Civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236 e Cass. Civ., Sez. Un., ord. 24 gennaio 2023, n. 2936.

riconoscendo l'opportunità dell'approccio sistemico⁹⁰ e quindi la sufficienza del solo ambiente connotato dal potere pubblicistico per configurare la giurisdizione esclusiva nelle materie indicate dal legislatore. A ben guardare, il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere amministrativo⁹¹, inoltre il danno lamentato appare almeno indirettamente collegato all'illegittimità dell'atto favorevole per il destinatario. Riconoscendo quanto detto, nelle materie indicate risulta opportuno sostenere la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

8. I limiti della tutela dell'affidamento incolpevole

In questa trattazione si è descritto l'affidamento incolpevole come fiducia del cittadino circa la coerenza e non contraddittorietà del comportamento della pubblica amministrazione, la cui lesione comporta la tutela in via risarcitoria. A differenza dell'aspettativa omonima di carattere pubblicistico, quella "incolpevole" è legata all'elemento soggettivo del privato. Infatti in virtù di una regola generale di diritto civile essa deve essere "senza colpa"⁹² - da qui chiaramente il termine "incolpevole" - e per questo tale fiducia è legata al principio di autoreponsabilità⁹³.

Nei primi anni di emersione del tema considerato, la dottrina e la giurisprudenza si sono interessate poco alla ricerca dei casi in cui effettivamente si possa configurare un affidamento incolpevole e dalle celebri ordinanze "gemelle" del 2011⁹⁴ sembrava emergere una sorta di fiducia giustificata in assoluto in virtù della sola adozione del provvedimento amministrativo. Dal 2015⁹⁵, però, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno iniziato a configurare nell'ambito dell'annullamento di un provvedimento favorevole un'aspettativa meritevole di tutela solo in caso di circostanze concrete tali da giustificare sul piano causale la fiducia del privato nella correttezza del comportamento dei pubblici uffici. Fondamentalmente si è richiesto così un *quid pluris* oltre all'illegittimità dell'atto e alla conseguente caducazione dello stesso. Quindi, in termini processuali, è stata richiesta l'allegazione di ulteriori elementi idonei ad evidenziare la ragionevolezza del comportamento del privato convinto della correttezza di quello dell'amministrazione. Successivamente, nel 2018⁹⁶, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, riferendosi alla responsabilità precontrattuale, ha sostenuto che per riconoscere una posizione meritevole di tutela per il soggetto privato che ha riposto la sua fiducia nel comportamento dell'amministrazione, si debba procedere ad una

⁹⁰ F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, cit., pp. 295-296, trattata nella nota numero 65.

⁹¹ Così R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1683.

⁹² Spesso si fa riferimento all'art. 1338 c.c. oltre che all'art. 1147 c.c.

⁹³ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, *Diritto processuale amministrativo*, cit., p. 825, l'autrice sostiene che la buona fede soggettiva agisce come elemento che compone il contrasto tra il principio dell'affidamento e il principio di autoreponsabilità.

⁹⁴ Cass. Civ., Sez. Un., ord. 23 marzo 2011, n. 6594-6.

⁹⁵ Cass. Civ., Sez. Un., ord. 4 settembre 2015, n. 17586.

⁹⁶ Cons. di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

rigorosa verifica da svolgersi necessariamente in concreto, perché gli elementi da considerare sono molteplici e non predeterminabili in astratto.

Infine sempre l'Adunanza Plenaria si è occupata diffusamente della questione nelle tre sentenze del 2021⁹⁷. Al centro della ricostruzione nell'ambito dell'annullamento del precedente provvedimento favorevole si pone il profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto l'atto. Per prima cosa, si afferma che una fiducia incolpevole non sia predicabile nel caso estremo in cui il privato abbia indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento. Ciò deriva dalle stesse ragioni di giustizia sostanziale che moltissimo tempo fa hanno portato all'elaborazione dello stesso principio della tutela dell'affidamento nell'ambito del diritto civile⁹⁸. Le sentenze affermano che lo stesso debba valere anche nel caso in cui l'illegittimità del provvedimento sia evidente e quindi facilmente accertabile dal beneficiario perché altrimenti si tutelerebbe lo stato di ignoranza dipendente da colpa grave, contravvenendo al principio generale di autoreponsabilità. Infine le tre pronunce citate trattano il limite più discusso tra quelli sostenuti. Nel giudizio di annullamento il beneficiario dell'atto assume la qualità di controinteressato. In questo modo, a detta dell'Adunanza Plenaria, egli è posto nelle condizioni di conoscere la situazione e quindi l'eventuale caducazione del provvedimento diviene un'evenienza non più imprevedibile. Così, dopo la notifica del ricorso, non sussisterebbe un affidamento ragionevole meritevole di tutela.

Secondo alcuni commentatori, le ordinanze di rimessione e le successive sentenze dell'Adunanza Plenaria costituiscono una manifestazione della recente tendenza della giurisprudenza amministrativa a ridurre il campo di azione della tutela risarcitoria riconosciuta al privato⁹⁹. È stato criticato il criterio dell'evidenza dell'illegittimità del provvedimento, perché fin troppo rimesso alla valutazione dell'interprete e quindi esposto al rischio della sua sopravvalutazione¹⁰⁰. Tali critiche non risultano tuttavia decisive in quanto ripetibili in forme leggermente diverse anche nei rapporti tra privati. Ad essere maggiormente al centro delle discussioni è sicuramente l'ultimo aspetto affermato dall'Adunanza Plenaria, cioè il limite costituito dalla notifica dell'atto di impugnazione del provvedimento favorevole. Non si può fare a meno di notare la forza restrittiva di questo criterio. Il limite della conoscenza dell'impugnazione rischia di andare oltre anche rispetto a quello dell'evidenza degli elementi di invalidità. Infatti tale affermazione va incontro a

⁹⁷ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19, 20, 21.

⁹⁸ Per una descrizione della questione R. SACCO, voce “*Affidamento*”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 661-668.

⁹⁹ Così A. SIMONELLI, *Affidamento legittimo e illegittimo, brevi riflessioni sul ruolo sociale della P.A.*, cit., p. 2 e paragrafo 4. A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla pubblica amministrazione*, cit., p. 3, manifestano la preoccupazione circa la restrizione eccessiva del concetto di affidamento ragionevole, magari attraverso l'“ingigantimento” del significato dei comportamenti del destinatario del provvedimento, in modo da paralizzare le sanzioni per le scorrettezze perpetrate dall'amministrazione.

¹⁰⁰ A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla pubblica amministrazione*, cit., p. 3. G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, p. 116.

due critiche, rispettivamente di carattere teorico ed effettuale. In primo luogo si rileva come la posizione di controinteressato in un processo non sia logicamente incompatibile con l'affidamento incolpevole circa la legittimità del provvedimento impugnato. In secondo luogo si rileva come i ricorsi infondati siano ben comuni nella realtà e quindi la sola notifica di per sé non dovrebbe necessariamente fare crollare la fiducia del beneficiario del provvedimento. Non si nega la potenziale idoneità del ricorso a far “crollare” la fiducia del soggetto che lo riceve, ma si riconosce come dovrebbe valere solo come uno degli elementi da valutare nel complesso della situazione concreta nel sindacato circa la ragionevolezza dell'affidamento. Un esempio emblematico: non si potrebbe escludere un mutamento inaspettato di un orientamento giurisprudenziale diffuso. Attenta dottrina¹⁰¹, inoltre, fa notare che una situazione tendenzialmente analoga a quella del privato cui perviene la notifica dell'atto di impugnazione risulta essere quella del destinatario del provvedimento favorevole che riceve la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento d'ufficio. Ma l'Adunanza Plenaria non è arrivata a riconoscere ciò e comunque tale ulteriore limite sembrerebbe anch'esso troppo restrittivo per ragioni analoghe.

Una possibilità interessante potrebbe essere quella di riprendere ed elaborare maggiormente i criteri riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁰², nonostante anch'essa sia stata piuttosto ondivaga sul tema. Infatti, mentre in alcuni casi si è basata su una sorta di presunzione di legittimità dell'atto¹⁰³, in altri ha operato un ideale inserimento nel caso concreto dell'operatore economico prudente in modo da valutare la prevedibilità del successivo sacrificio dei suoi interessi¹⁰⁴. In altre situazioni ancora, la Corte ha considerato le qualità del beneficiario del provvedimento favorevole, in modo da valutare la sua conoscenza del diritto europeo e quindi della sua potenziale consapevolezza circa l'illegittimità dell'atto amministrativo¹⁰⁵. Nella maggior parte dei casi, comunque, la Corte di Giustizia ha sostenuto di dover analizzare principalmente la condotta complessiva dell'amministrazione nella sua capacità di suscitare ragionevoli aspettative¹⁰⁶.

In generale, data l'importanza dell'elemento soggettivo e dell'autoresponsabilità nell'affidamento incolpevole e riconoscendo il fatto che il parametro della buona fede-correttezza si applica a entrambe le parti del rapporto, appare opportuno riconoscere una limitata rilevanza alla valutazione delle qualità personali e quindi della preparazione tecnica del destinatario del provvedimento favorevole. Ciò sempre senza eccedere con questo criterio, altrimenti un operatore del diritto amministrativo o un'impresa operante nel settore non potrebbero mai essere tutelati di fronte ad un comportamento ondivago dei

¹⁰¹ G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, cit., p. 9.

¹⁰² Sostenuto da G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, cit., p. 8.

¹⁰³ Tribunale di primo grado UE, 5 dicembre 2000, T-197/99, *Gooch c. Commissione*.

¹⁰⁴ CGUE, 22 giugno 2006, C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione della Comunità europea*.

¹⁰⁵ Tribunale di primo grado Ue, 21 luglio 1998, T-66/96 e T-221/97, *Mellet c. Cour de justice*.

¹⁰⁶ CGUE, 19 maggio 1983, C-289/81, *Mavrides c. Parlement*.

pubblici uffici. Sostanzialmente risulta necessaria l'analisi caso per caso degli elementi emergenti nella situazione specifica, nella loro idoneità a giustificare le scelte negoziali sfavorevoli adottate dal cittadino. Ciò potrebbe eventualmente avvenire attraverso l'ipotetico inserimento nel caso concreto dell'operatore economico diligente. Comunque non sembrano ipotizzabili delle situazioni che possano escludere del tutto già in astratto l'affidamento incolpevole. Il dibattito circa i limiti della risarcibilità della lesione dell'affidamento incolpevole risulta più correttamente legato a una logica di modulazione dell'entità del risarcimento sulla base del concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227 c.c. rispetto ad una logica di configurabilità o meno del diritto al risarcimento del danno.

La riflessione circa i limiti della tutela della fiducia del privato nell'ambito dell'annullamento del precedente provvedimento favorevole potrebbe essere analogamente applicata all'altra dinamica di lesione del cosiddetto affidamento procedimentale. In questo modo si potrebbe fornire una risposta ai timori di quanti vedono nelle affermazioni dell'ordinanza del 2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁰⁷ un eccessivo allargamento della responsabilità a carico degli apparati esecutivi¹⁰⁸.

9. L'affidamento incolpevole tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Nei paragrafi precedenti si è descritto l'affidamento incolpevole la cui lesione determina un'incisione negativa sul diritto all'autodeterminazione negoziale del soggetto privato la sua tutela in via risarcitoria. Risulta ora necessario valutare quale sia la natura della responsabilità considerata.

Anche questo aspetto è dibattuto in dottrina e in giurisprudenza. Alcuni autori propendono per l'affermazione della natura extracontrattuale. In particolare, essi ritengono che la condotta scorretta della pubblica amministrazione comporti una violazione della regola generale del *neminem laedere* e di conseguenza integri la fattispecie di fatto illecito prevista dall'articolo 2043 c.c.¹⁰⁹. Altri autori invece propendono per la natura contrattuale della responsabilità dei pubblici uffici in caso di lesione dell'affidamento incolpevole dei privati. Fondamentalmente affermano che le caratteristiche dell'amministrazione e del rapporto tra essa e i soggetti privati determinano il verificarsi di un contatto sociale qualificato¹¹⁰ che configura obblighi comportamentali di correttezza e buona fede a tutela degli interessi della controparte. Seguendo la tripartizione tradizionale delle fonti delle obbligazioni prevista

¹⁰⁷ Cass. Civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236.

¹⁰⁸ Per tutti, G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale*, Ufficio studi Consiglio di Stato, 2021.

¹⁰⁹ Così, tra i tanti, F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 826. Anche in ambito europeo la Corte di Giustizia si avvale dell'articolo 340 del TFUE per condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni per la lesione dell'affidamento ingenerato dai privati, sostenendo il verificarsi di una responsabilità extracontrattuale.

¹¹⁰ Secondo F. FERRETTI, *Lesione dell'affidamento del privato ad opera della P.A. e conseguenze sul riparto di giurisdizione*, *Judicium*, Pacini Giuridica, 2021, p. 15, in forza del rapporto qualificato tra le parti sorgono degli obblighi di protezione specifici la cui violazione comporta il formarsi di una responsabilità di tipo contrattuale.

dall'articolo 1173 c.c., il rapporto tra privato e amministrazione si fa rientrare nella categoria residuale di “ogni altro atto o fatto” idoneo a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico¹¹¹.

Anche in giurisprudenza si rivede lo stesso dibattito. Fino a pochi anni fa nessun giudice metteva in discussione la natura extracontrattuale della responsabilità per la lesione dell'affidamento incolpevole. A inaugurare l'attuale orientamento maggioritario nella giustizia ordinaria è stata l'ordinanza numero 8236 del 2020¹¹², che ha riconosciuto l'emersione dello schema del contatto sociale qualificato. In particolare, secondo l'autorevole collegio il generale dovere di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Costituzione si rafforza trasformandosi in dovere di correttezza quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali qualificati tali da ingenerare affidamenti sulla correttezza dell'altrui condotta. Di conseguenza chi esercita una funzione amministrativa, sottoposta ai principi di imparzialità e buon andamento, si trova di fronte a doveri di protezione la cui lesione nell'esercizio dell'attività discrezionale comporta la configurazione della responsabilità contrattuale. Successivamente, però, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è contrapposta al giudice ordinario e ha ribadito la natura aquiliana della responsabilità della pubblica amministrazione per la lesione dell'affidamento incolpevole¹¹³.

Nel tentativo di operare una ricostruzione, si può evidenziare come il dovere generale di solidarietà tra i membri della collettività si rafforzi in presenza di momenti relazionali giuridicamente qualificati e tra queste relazioni sembrerebbe emergere il rapporto giuridico amministrativo tra soggetto privato e pubblica amministrazione. Lo status dell'apparato esecutivo, quale soggetto tenuto al rispetto della legge e delle regole di imparzialità e buon andamento, comporta che il cittadino che vi entri in relazione si aspetti da esso, rispetto al cosiddetto *quisque de populo*, uno sforzo maggiore per evitare di ingenerare aspettative che verranno poi deluse. Ciò appare anche più conforme al nuovo articolo 1 comma 2-bis della l. 241/1990, il quale indica espressamente che i rapporti tra privati e pubblici uffici sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede. Durante il procedimento amministrativo, i pubblici uffici sono tenuti a rispettare una serie di regole espressione dell'imparzialità e del buon andamento che ne orientano l'azione e pongono dei canoni comportamentali molto più significativi del generale dovere

¹¹¹ G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale*, Ufficio studi Consiglio di Stato, 2021, paragrafo 6.2, è dello stesso avviso.

¹¹² Cass. Civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236. F. FERRETTI, *Lesione dell'affidamento del privato ad opera della P.A. e conseguenze sul riparto di giurisdizione*, cit., paragrafo 7, vede con favore la ricostruzione teorica della Cassazione, che ha esteso l'applicazione dello schema del contatto sociale qualificato anche oltre l'ambito storicamente dibattuto delle trattative prenegoziali.

¹¹³ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19, 20, 21. Per sostenere la propria posizione, il collegio richiama anche il nuovo articolo 1 comma 2-bis della L. 241/1990. A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla pubblica amministrazione*, cit., pp. 2-3, ravvisano come l'Adunanza Plenaria abbia sostenuto la sussistenza di obblighi di protezione, nonché essi siano sempre stati utilizzati per delimitare l'area della responsabilità extracontrattuale in favore di quella contrattuale. Il Consiglio di Stato conia “un'inusitata responsabilità extracontrattuale da inadempimento degli obblighi di protezione”.

di astensione espresso dalla regola del *neminem laedere* della responsabilità aquiliana. Come si è detto più volte nei paragrafi precedenti, le regole di validità e di comportamento operano in parallelo e comunque, pur determinando effetti diversi nei casi della loro violazione, orientano l'attività dell'amministrazione, esplicando degli standard di comportamento che devono essere rispettati dagli apparati esecutivi nelle loro relazioni giuridiche con altri soggetti dell'ordinamento. Sostanzialmente si potrebbe affermare che un discrimine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dei pubblici uffici sia la sussistenza nel caso specifico di un rapporto giuridico amministrativo tra privato e apparato esecutivo. Quando l'amministrazione agisce nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici nella relazione qualificata con il soggetto privato risulta affermabile il rafforzamento degli obblighi di correttezza che determina l'insorgenza di un contatto sociale qualificato fonte di obblighi di protezione gravanti sulle parti del rapporto. Infatti è proprio in questa dinamica che l'amministrazione assume la veste di soggetto che esercita poteri autoritativi, a differenza dei casi in cui agisce come un qualsiasi soggetto privato.

Ricollegandosi a un argomento trattato precedentemente, risulta interessante valutare il tema della responsabilità nella diversa prospettiva emergente dalla considerazione dei cosiddetti "meri" comportamenti della pubblica amministrazione, cioè le condotte non ricollegabili all'esercizio di un potere. Si è visto che per quanto riguarda il problema della configurabilità o meno della giurisdizione esclusiva nelle materie previste dal legislatore, molto dipende dai criteri utilizzati per riconoscere il legame con il potere degli apparati esecutivi. Sono state riportate le due impostazioni opposte circa il riconoscimento della qualifica di "meri comportamenti", con le relative conseguenze dal punto di vista del giudice da adire per la tutela della propria situazione giuridica soggettiva. In particolare, la tesi che negli ultimi anni ha sostenuto anche la Corte di Cassazione¹¹⁴ nega in ogni caso la configurabilità della giurisdizione esclusiva nell'ambito della lesione dell'affidamento incolpevole in virtù della sostenuta mancanza dell'esercizio del potere nella questione oggetto della controversia. Altre pronunce precedenti delle Sezioni Unite¹¹⁵ invece hanno seguito una ricostruzione diversa, più sistemica¹¹⁶, circa il collegamento tra comportamento e potere dei pubblici uffici e così hanno affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nelle materie specificamente indicate dal legislatore anche in caso di lesione delle ragionevoli aspettative circa la coerenza e non contraddittorietà degli apparati esecutivi. Seguendo la logica della prima impostazione, si riscontra come alcuni comportamenti siano riconosciuti come "meri" ma che allo stesso tempo l'amministrazione che li abbia tenuti incorra nella responsabilità contrattuale. Di conseguenza risulta necessaria una distinzione anche all'interno della categoria dei meri comportamenti: quelli rientranti nel rapporto qualificato, che per i motivi sopra riportati costituiscono un

¹¹⁴ Tra le tante: Cass. Civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236; Cass. Civ., Sez. Un., ord. 24 gennaio 2023, n. 2936.

¹¹⁵ In particolare: Cass., Civ., Sez. Un., ord. 21 aprile 2016, n. 8057 e Cass., Civ., Sez. Un., ord. 29 maggio 2017, n. 13454.

¹¹⁶ F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, cit., pp. 295-296.

inadempimento degli obblighi di correttezza e buona fede, e quelli non rientranti nel rapporto qualificato, i quali mantengono la loro natura di illeciti ricollegabili all'articolo 2043 c.c. Se invece si dovesse seguire l'altra impostazione, che configura la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nella dinamica dell'annullamento del precedente provvedimento favorevole, il quadro si semplificherebbe perché la lesione dell'affidamento incolpevole nei casi in cui l'amministrazione agisce in veste di autorità non potrebbe essere mai qualificata come un "mero comportamento". In questa linea di pensiero un criterio di distinzione risulta la sussistenza del collegamento con il potere. Quindi, una volta riconosciuta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non sorgerebbe più il problema di qualificare la natura della responsabilità per il comportamento scorretto della pubblica amministrazione. Infatti l'agire in veste di autorità obbliga l'amministrazione a rispettare gli standard comportamentali posti dalle regole di imparzialità e buon andamento, determinando un'aspettativa qualificata da parte del privato e un contatto sociale qualificato tra le parti.

Per quanto riguarda le condotte non ricollegabili al potere, tra cui rientra il caso sopra citato del cosiddetto affidamento procedimentale, esse mantengono la qualifica di meri comportamenti e la natura della responsabilità andrà ricostruita considerando esclusivamente le logiche del diritto comune. Infatti in questi casi l'amministrazione non viene considerata nella sua qualità di soggetto titolare di poteri pubblicistici, ma solo quale soggetto di diritto. In particolare dovrà essere valutato se la dinamica concreta abbia ingenerato nel privato un affidamento ragionevole e quindi meritevole di tutela. Generalmente parlando, sembrerebbe potersi affermare la frequente configurabilità di tale affidamento, anche perché la dinamica procedimentale somiglia molto ai primi casi in cui la giurisprudenza civile ha riconosciuto la teoria del contatto sociale qualificato nei rapporti tra privati¹¹⁷ in cui uno dei soggetti svolge professionalmente un'attività complessa. Al di fuori del procedimento amministrativo invece risulta più difficile configurare un contatto sociale qualificato. In questo ambito non varrebbero neppure le regole tipiche del procedimento riguardanti la partecipazione dei privati, che certamente rafforzano la relazione che si instaura tra le parti.

In ogni caso il riconoscimento della natura contrattuale o aquiliana della responsabilità citata incide poco nel concreto perché andranno comunque dimostrati il comportamento scorretto dell'amministrazione e il nesso di causalità tra tale condotta e le scelte economicamente dannose del privato. Infatti la responsabilità da contatto sociale qualificato, come la responsabilità aquiliana, ha carattere reattivo a fronte di un comportamento illecito, in questo caso illecito in quanto scorretto. Prima del comportamento scorretto non si potrà agire per chiedere l'adempimento della condotta corretta e infatti spesso nei casi simili si parla di "obbligazioni senza prestazione".

¹¹⁷ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, IV edizione, Ita edizioni, Torino, 2024, p. 668 e ss.

La differenza principale tra le due forme di responsabilità nel caso di specie riguarda il termine di prescrizione, rispettivamente di cinque o dieci anni. Chiaramente si risarcisce solamente il cosiddetto interesse negativo, quindi l'interesse a non subire le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'essere entrati in contatto con un'amministrazione ondivaga, quali le spese inutilmente effettuate in vista del vantaggio su cui si faceva affidamento e le *chances* perse per l'aver abbandonato diversi affari economici. Come riportato sopra, non si potrà agire facendo valere la lesione del bene della vita collegato al potere dell'amministrazione come nell'ambito della responsabilità da provvedimento illegittimo o facendo valere quello che nel rapporto obbligatorio viene chiamato interesse positivo. Infatti, come sostenuto sopra, non si ha in questo caso un diritto ad una vera e propria prestazione da parte dell'amministrazione, se non l'obbligo di tenere una condotta rispettosa dei canoni di correttezza, e non si fa valere un interesse legittimo, perché non si contesta la legittimità dell'eventuale ultimo provvedimento adottato dall'amministrazione.

10. Conclusioni

In conclusione, si aderisce alla teoria della distinzione tra “affidamento legittimo” e “affidamento incolpevole”. Il primo è legato allo schema del potere discrezionale della pubblica amministrazione. I pubblici uffici devono assegnare il giusto peso all'interesse del soggetto privato al mantenimento della posizione di vantaggio generata dai loro precedenti atti. In caso di mancato rispetto dell'affidamento legittimo si può adire il giudice amministrativo per fare valere il proprio interesse legittimo deluso dal provvedimento affetto da eccesso di potere, quale vizio tipico degli atti discrezionali. Tale forma di tutela è chiamata “ponderativa” per sottolineare la centralità del bilanciamento degli interessi nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale.

L'affidamento incolpevole consiste nell'aspettativa del privato alla coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione con cui entra in contatto. Esso deriva dall'applicazione delle clausole generali del diritto civile della correttezza e buona fede all'interno del rapporto giuridico amministrativo. La condotta scorretta dell'amministrazione incide negativamente sulla libertà di autodeterminazione negoziale del cittadino, determinando delle scelte economiche dannose da parte sua. Per essere meritevole di tutela risarcitoria, l'affidamento incolpevole deve risultare “ragionevole” nel rispetto del principio di autoresponsabilità. L'accertamento richiede l'analisi degli elementi emergenti nella situazione specifica, nella loro idoneità a giustificare le scelte negoziali dannose. Tale accertamento risulta necessario anche per valutare l'eventuale concorso del fatto colposo del soggetto privato.

La lesione dell'affidamento incolpevole non deriva direttamente dall'esercizio del potere, bensì dal comportamento complessivamente scorretto dell'apparato esecutivo, del quale gli atti amministrativi

costituiscono solo dei frammenti. Pertanto la giurisdizione spetta al giudice ordinario in virtù della natura di diritto soggettivo della libertà negoziale lesa.

Oltre al riconoscimento della natura di diritto soggettivo della situazione giuridica tutelata, si ammette la configurabilità della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle materie previste dalla legge. Si sostiene ciò poiché nella condotta complessiva costituita dall'adozione di un provvedimento e dal suo successivo annullamento, emerge comunque un collegamento almeno indiretto tra danno ed esercizio del potere. La soluzione è opposta nel caso di emersione del cosiddetto "affidamento procedimentale", dal momento che la condotta scorretta dell'amministrazione non prevede alcuna forma di manifestazione del potere.

L'ultimo tema affrontato riguarda la natura della responsabilità dei pubblici uffici per la lesione dell'affidamento incolpevole. Si ritiene che il collegamento con il potere e l'insorgenza delle regole espressione dell'imparzialità e del buon andamento determini un contatto sociale qualificato tra amministrazione e soggetto privato. Ciò implica l'insorgenza dell'obbligo delle parti di comportarsi correttamente, la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale.