



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXX

TITOLO TESI

Il legittimo affidamento nel diritto amministrativo, tra
principio e situazione giuridica soggettiva

Settore/i scientifico disciplinare di afferenza

IUS/10

Presentata da: Dott. Gabriele Serra

Coordinatore Dottorato Chiar.mo Prof. Cristiano Cicero

Tutor Chiar.ma Prof.ssa Paola Piras

Esame finale anno accademico 2016 – 2017
Tesi discussa nella sessione d'esame Febbraio-Marzo 2018

Gabriele Serra gratefully acknowledges Sardinia Regional Government for the financial support of his PhD scholarship (P.O.R. Sardegna F.S.E. Operational Programme of the Autonomous Region of Sardinia, European Social Fund 2007-2013 - Axis IV Human Resources, Objective 1.3, Line of Activity 1.3.1.)

*Agli studenti incontrati in questi anni,
per avermi insegnato molto più
di quanto io non abbia fatto con loro*

“Ricordati, dovunque sei, se mi cercherai,
sempre e per sempre,
dalla stessa parte, mi troverai”

Francesco De Gregori, Sempre e per sempre

INDICE

Premessa	p. 6
I. Emersione e fondamento del legittimo affidamento	
1. La tutela dell'affidamento nei rapporti di diritto privato.	p. 9
2. La tutela dell'affidamento nel diritto pubblico. Un complesso percorso evolutivo.	p. 12
2.1. Le prime ricostruzioni dottrinali nazionali e l'ancoraggio alla buona fede	p. 13
2.2. Il ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (e del diritto tedesco). La certezza del diritto.	p. 19
2.3 L'apporto al dibattito e la posizione della Corte Costituzionale. La retroattività impropria della leggi.	p. 29
3. Conclusioni sul fondamento giuridico dell'affidamento nel diritto amministrativo.	p. 36
II. Il quadro normativo e applicativo in ordine al legittimo affidamento. Il principio come guida della legislazione e come limite del potere.	
1. La disciplina legislativa e l'influenza del legittimo affidamento.	p. 47
1.1 L'annullamento d'ufficio.	p. 53
1.2 La revoca	p. 60
1.3 Il recesso dagli accordi ex art. 11 L. 241/1990	p. 73
2. L'ampiezza della tutela del legittimo affidamento. I tre elementi necessari alla configurazione di un affidamento tutelabile.	p. 80
3. Casistica giurisprudenziale in particolari materie.	p. 91
3.1. Attività edilizia e affidamento	p. 92
3.2. Tutela della concorrenza, aiuti di Stato e affidamento	p.105

4. Conclusioni sul ruolo del legittimo affidamento in funzione direttiva, interpretativa e limitativa del potere. Primi profili di tutela della posizione di affidamento. p. 111

III. L'annullamento di un precedente provvedimento favorevole. La natura dell'affidamento come posizione giuridica soggettiva.

1. L'impossibilità di conseguire una tutela demolitoria per lesione dell'affidamento: *quid iuris?* p. 116

2. La tutela risarcitoria e i suoi spazi applicativi. L'attività contrattuale della p.a. e la responsabilità precontrattuale. p. 118

3. L'attività autoritativa della p.a. La natura giuridica dell'affidamento lesivo meritevole di tutela. p. 130

3.1. Il dibattito. La tesi maggioritaria... p.133

3.2. (*segue*) ... e la tesi minoritaria p.138

4. Un apporto alla ricostruzione della natura dell'affidamento. p.141

5. Conseguenze sostanziali e processuali della inerenza dell'affidamento alla posizione di interesse legittimo. p. 153

6. Considerazioni conclusive sulla natura giuridica dell'affidamento. p. 159

Conclusioni p. 164

Bibliografia p. 169

PREMESSA

Perché una ricerca sul principio del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione? Per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, per una ragione “etica”.

Per fiducia, si intende il “sentimento di sicurezza che si prova nei confronti di qualcuno che si stima o di qualcosa in cui si crede”¹. Forse con una eccessiva dose di retorica, della quale però, a mio avviso, oggi abbiamo più che mai bisogno, la scelta dello studio dell’affidamento che il cittadino ripone nei confronti dell’attività dell’amministrazione, assume un interesse particolare, di fronte alla recente crisi economica ed istituzionale. Ci si può “fidare” dell’azione delle istituzioni pubbliche? E, se sì, da che momento ed entro che limiti?

Ecco, il nostro studio, in fondo, parte da qui. Parte dai rapporti da amministrati ed amministrazioni, che oggi, in una società così complessa e globale, non possono prescindere dalle ragioni di fondo che animano il nostro vivere in collettività. La necessità che qualcuno amministri la *res publica*, ricoprendo professionalmente tale ruolo, ma che lo faccia, ai sensi dell’art. 54 della Costituzione, “con disciplina ed onore”, rimanda in fondo alle primigenie teorizzazioni sullo Stato e sul rapporto che gli enti pubblici esponenziali, e il loro rappresentanti, hanno con i propri cittadini, che, a ben vedere, rappresentano. Indagare quindi il margine di fiducia che i cittadini possono maturare nei confronti dell’azione delle pubbliche amministrazioni, nel presente periodo storico, è apparentemente eccentrico, ma in realtà vitale. Perché “lo Stato siamo noi”².

In secondo luogo, per una ragione economica.

Chi scrive non intende proporre una ricerca di respiro gius-economico, non ne sarebbe in grado, ma non si può ignorare il risvolto che il tema oggetto

¹ Dizionario della lingua italiana, Garzanti Linguistica, 2015.

² V. P. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, a cura di G. De Luna, 2011.

di indagine ha sul piano dell'economia pubblica, in particolare su quello degli investimenti da parte dell'imprenditoria nazionale ed estera nel nostro paese.

È infatti fatto notorio che l'incertezza nella regolazione delle attività produttive sia fenomeno che allontana l'ingresso di capitali nel sistema economico italiano e, a ben vedere e forse purtroppo, è questa la ragione più forte che ha spinto il legislatore dell'ultimo quinquennio a rafforzare la tutela dell'affidamento e della stabilità nell'azione amministrativa.

Guardiana però di tale esigenza, è la terza ragione di indagine.

La ragione giuridica. Solo al diritto e alle sue regole ci si può aggrappare in presenza di più interessi in conflitto. Questa è una di quelle situazioni, poiché, da un lato, c'è la pretesa economica alla stabilità delle situazioni giuridiche che si costituiscono in forza di provvedimenti della p.a. Per esemplificare, lo *ius aedificandi* che il privato vede autorizzato in forza del permesso di costruire. Dall'altra, ragioni di tutela della legalità e della cura dell'interesse pubblico, ragioni della collettività che, se si crede ancor oggi alle considerazioni sopra svolte, sono ragioni di tutti. Per esemplificare una seconda volta, il potere dell'amministrazione di ritirare l'autorizzazione ad edificare rilasciata, poiché si avvede che era stata rilasciata illegittimamente.

“A tutti i livelli, la lotta per il diritto deve costituire un'assoluta priorità per la società civile e fors'anche per le istituzioni politiche”, scriveva Guido Rossi³, nel descrivere la crisi politica, economica e giuridica che affronta la nostra società.

Ecco, nel nostro piccolo, la ricerca mira ad approfondire quale sia, oggi, nella società globale in cui viviamo, il diritto che risolve la micro-crisi sopra descritta, il conflitto tra l'interesse alla stabilità delle situazioni giuridiche e quello al ripristino della legalità violata, entrambi rilevanti per il nostro vivere comune.

E quindi, sul piano più strettamente tecnico-giuridico, l'indagine muove dalla difficoltà che ha avuto il principio di tutela dell'affidamento ad affermarsi

³ V. G. ROSSI, *La crisi più grave? Quella del diritto*, in *www.ilsole24ore.com*, 2 settembre 2012.

nel nostro ordinamento giuridico pubblicistico. Si analizzeranno perciò gli studi condotti dalla dottrina, tradizionale e moderna, alla ricerca del fondamento del principio, per capirne portata e limiti applicativi.

Come anticipato, l'esigenza di tutela dell'affidamento che il privato possa aver maturato nei confronti dell'attività della p.a. è stata particolarmente avvertita dal legislatore più recente. In tale direzione, si esamineranno allora le previsioni normative che coinvolgono o si fondano sul principio in discorso, cercando poi di cogliere, per il tramite del diritto vivente, la portata applicativa della tutela dell'affidamento, evidenziandone anche i limiti, necessari, a nostro avviso, proprio per l'esistenza di interessi confliggenti con esso e del pari meritevoli di tutela.

In questo ambito, ci si chiederà poi se e quale autonomia abbia raggiunto l'affidamento nel nostro sistema giuridico. La scelta, forse in controtendenza con alcuni studi, anche recenti, sarà però quella, nuovamente, di cogliere la necessità di graduare la tutela dell'affidamento, senza snaturarlo solo per ricercare una più pregnante garanzia di esso. E, in particolare, ci si sforzerà di non piegare, solo per questa ragione, le direttrici su cui si muove il diritto amministrativo. Lo sforzo sarà quello di riuscire a ricavare, per effetto della mutata concezione del rapporto tra p.a. e privato, ispirato alla cooperazione e condivisione, uno spazio di tutela all'interno dello schema giuridico potere-interesse, provando perciò a valorizzare il ruolo dell'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva di natura sostanziale.

Da ultimo, si anticipa che, nel condurre l'indagine sopra descritta, ci si è avveduti della possibilità di utilizzare, come lente attraverso cui leggere le considerazioni che emergono dalla ricerca, quella della teoria generale del diritto, in tema di funzioni che i principi generali dell'ordinamento possono assolvere. Si cercherà di mostrare, attraverso la schematizzazione di tali funzioni che i grandi Maestri ci hanno lasciato, quali e di che portata siano quelle assolte dal legittimo affidamento nel campo del diritto pubblico e, per il tramite di esse, chiarire anche i profili di tutela del principio che ci accingiamo ad esaminare.

Capitolo I

Emersione e fondamento del legittimo affidamento

Sommario: 1) La tutela dell'affidamento nei rapporti di diritto privato. 2) La tutela dell'affidamento nel diritto pubblico. Un complesso percorso evolutivo. 2.1) Le prime ricostruzioni dottrinali nazionali e l'ancoraggio alla buona fede 2.2) Il ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (e del diritto tedesco). La certezza del diritto. 2.3) L'apporto al dibattito e la posizione della Corte Costituzionale. La retroattività impropria della leggi. 3) Conclusioni sul fondamento giuridico dell'affidamento nel diritto amministrativo

1. La tutela dell'affidamento nei rapporti di diritto privato.

L'istituto giuridico dell'affidamento deve la sua emersione, sul piano ordinamentale, a studi condotti principalmente nel campo del diritto civile, ed è perciò da essi che occorre prendere le mosse nello studio dello stesso in ambito pubblicistico, nel quale, come noto, esso ha trovato maggiori difficoltà ad affermarsi.

Volendo descrivere genericamente il contenuto dell'affidamento, esso può qualificarsi come condizione di fiducia che un soggetto ripone nei confronti di una determinata situazione giuridica favorevole⁴. Tale concetto ha assunto un particolare rilievo nello studio del negozio giuridico, con precipuo riferimento alla problematica della divergenza tra volontà e dichiarazione. In estrema sintesi, non essendo questa la sede per approfondire la tematica, al fine di superare la teoria c.d. volontaristica, che predicava l'invalidità del negozio giuridico concluso in ipotesi di divergenza tra volontà e dichiarazione, la teoria dell'affidamento introduce un elemento ulteriore, identificabile nella necessaria

⁴ Cfr. V. PIETROBON, *Affidamento*, voce dell'*Enc. giur.*, I, Roma 1988, 1. In tal senso, si V. anche la definizione data da R. SACCO, *Affidamento*, voce dell'*Enc. dir.*, I, Milano 1958, 663, che ritiene che "con l'espressione principio dell'affidamento si indica quella regola, secondo cui, rispettivamente, una certa situazione di fatto o diritto è inoperante se non è nota ad un determinato soggetto, o se contrastata da un'opposta apparenza, o dalle risultanze degli indici di pubblicità; e, reciprocamente, tutto procede come se la situazione di fatto di diritto fosse quella erroneamente ritenuta da un certo soggetto, o quella apparente o quella risultante dall'indice di pubblicità".

tutela di chi, ricevendo una dichiarazione della quale non avrebbe potuto, usando l'ordinaria diligenza, avvedersi della difformità dalla volontà del dichiarante, abbia su di essa fatto affidamento⁵.

Tale ricostruzione si fonda sulla ricavabilità del rilievo giuridico dell'affidamento da una serie di disposizioni (*rectius*: norme) del codice civile, stante la sua inespressa definizione legislativa.

Su tale tecnica ermeneutica vale porre l'accento ancor prima di citare le norme codicistiche da cui l'istituto dell'affidamento sarebbe ricavabile. Richiamando infatti autorevole dottrina, il ricavare il rilievo di un istituto inespresso da una pluralità di norme espresse, è la tecnica interpretativa propria dell'individuazione di un principio (inespresso)⁶. Tale considerazione conduce alla conclusione che alla tutela dell'affidamento possa essere ascritto il rango di principio (inespresso), vale a dire, nel seguire la medesima dottrina, "norme che vengono considerate (...) come il fondamento (in uno dei possibili sensi del termine) di altre norme"⁷. Ascrivere quindi l'affidamento al novero dei principi del diritto, non è privo di conseguenze, in particolare ai fini della presente indagine, nel momento in cui si discute dell'applicabilità di esso ai rapporti tra privato e pubblica amministrazione, come emergerà dal prosieguo dell'analisi.

Volendo identificare i referenti normativi espressi da cui si ricava il principio inespresso, si possono citare l'art. 1428 c.c., in tema di errore quale causa di annullamento del contratto, gli artt. 1415 e 1416 c.c., relativi agli effetti della simulazione rispetto ai terzi ed ai creditori, l'art. 1396 c.c., che limita l'opponibilità ai terzi della modificazione o revoca della procura, ma anche, e forse soprattutto, gli artt. 1175, 1375 e 1337 c.c., che impongono il dovere di comportamento secondo buona fede e correttezza nei rapporti obbligatori e, in particolare, nelle trattative e nella esecuzione del contratto.

⁵ Sul tema V., per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, pp. 37 ss.

⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di Diritto Privato*, G. IUDICA – P. ZATTI (a cura di), 1993, pp. 452-453.

⁷ R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 448.

Ed è principalmente dal legame con la buona fede che scaturisce lo statuto giuridico dell'affidamento, sia nel diritto privato che, come si vedrà, e ancorché secondo dettami più ondivaghi, nel diritto pubblico.

Giova allora considerare come la buona fede abbia sì trovato cittadinanza nel codice civile, ma sulla scorta di una tradizione romanistica, che, sviluppandosi nel tempo, ha fondato un generale dovere di “comportarsi in modo da non pregiudicare, e anzi salvaguardare, l'interesse di controparte, quando ciò non comporti a suo carico nessun apprezzabile e ingiusto sacrificio”⁸.

La dottrina civilistica sul tema, ha peraltro da tempo accolto la nota distinzione tra buona fede in senso oggettivo e in senso soggettivo⁹.

Con la prima locuzione si intenderebbe quanto fin qui brevemente anticipato, e perciò un dovere comportamentale gravante sui soggetti dell'ordinamento, mentre la buona fede soggettiva rappresenterebbe uno stato psicologico rinvenibile in capo ad un soggetto dell'ordinamento, il quale ignori o abbia una erronea conoscenza, incolpevole, di una determinata situazione giuridica¹⁰.

Riprendendo il nesso che corre tra buona fede e affidamento, si può, in primo luogo, sottolineare come l'affidamento possa trovare rilievo proprio in forza di quel dovere comportamentale imposto dalla buona fede in senso oggettivo, per il tramite del quale non può non tenersi conto della posizione del destinatario di una determinata dichiarazione o comportamento, che su di esso abbia perciò fatto affidamento.

E tuttavia, perché l'affidamento maturato nell'altrui comportamento possa dirsi meritevole di tutela, assume necessario rilievo altresì la buona fede

⁸ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto, cit.*, p. 469

⁹ In senso critico rispetto a questa distinzione, è la dottrina tradizionale. V., ad es., E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953; nonché S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959.

¹⁰ Cfr. G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Diritto Civile*, N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), Vol. III *Obbligazioni*, Tomo I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, pp. 106 ss. L'A., tra le norme del codice civile che contemplano la buona fede in senso soggettivo, richiama, tra le altre, gli artt. 428, 2 co., 1147, 1153, 1159, 1479.

in senso soggettivo, vale a dire quell'erronea conoscenza della situazione giuridica incolpevolmente determinatasi nel destinatario del comportamento.

Da quanto detto, emerge allora come l'affidamento sia una derivazione, un corollario se si vuole, del dovere di comportamento secondo buona fede, che quindi è concetto non sovrapponibile, bensì più ampio, di quello di affidamento¹¹.

Va inoltre rilevato come l'affidamento non sia istituto coincidente, ancorché connesso, neppure con quello dell'apparenza giuridica.

Infatti, in quest'ultimo caso, la situazione apparente viene considerata dall'ordinamento in ragione di una più generale esigenza di tutela della sicurezza giuridica e, come tale, non essendo in alcuna forma legata alla violazione da parte di alcuno di un dovere di correttezza o buona fede, necessita, come rilevato da attenta dottrina, sempre di una norma di legge che ne preveda la rilevanza¹².

In dottrina, si è peraltro rilevato come, se pur nettamente distinto dal concetto di apparenza pura, l'istituto dell'affidamento si avvicini a quello dell'apparenza colposa, poiché essa presuppone un comportamento colposo o doloso del soggetto nei cui confronti la situazione apparente è fatta valere¹³.

2. La tutela dell'affidamento nel diritto pubblico. Un complesso percorso evolutivo.

¹¹ Cfr. S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005. p. 13, che parla dell'affidamento come proiezione della buona fede c.d. oggettiva, richiamando la posizione di V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

¹² Cfr. A. FALZEA, *Apparenza*, voce dell'*Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 699.

¹³ Cfr. G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in A. DI TARANTO (a cura di), *Il nuovo modello di amministrazione tra il principio di autoritarietà ed unilateralità ed i moduli consensuali nella organizzazione e nell'esercizio delle potestà pubbliche*, Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Roma, 2005, in *www.sspa.it*, p. 4. Sui concetti di apparenza pura e colposa V. sempre A. FALZEA, *cit.*, che, in contrapposizione alla apparenza colposa, descrive l'apparenza pura come la situazione che si verifica "nei casi in cui l'errore del terzo sia causato soltanto dalla situazione di fatto tuo che manifesta falsamente una situazione di diritto".

2.1 Le prime ricostruzioni dottrinali nazionali e l'ancoraggio alla buona fede.

Svolte tali considerazioni “privatistiche” sull'argomento, si può ora procedere ad esaminare l'applicabilità dell'istituto in esame ai rapporti pubblicistici e, in particolare, a quelli tra privato e pubblica amministrazione.

Con maggior dovere di precisione, si deve evidenziare come la problematica applicabilità dell'affidamento ai rapporti tra cittadino e soggetto pubblico si pone solo con riguardo alle fattispecie di esercizio di un potere autoritativo da parte della pubblica amministrazione, e non già quando essa agisce *iure privatorum*. In tali fattispecie, valgono infatti le ordinarie regole di diritto comune, tornando perciò, senza alcuna difficoltà applicativa per il tema in discorso, ad operare le considerazioni che abbiamo sopra illustrato.

Ciò è ormai assodato, anche alla luce dell'esplicito dettato normativo dell'art. 1, comma 1 bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, che dispone che “la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”¹⁴.

Come anticipato, la tutelabilità del legittimo affidamento maturato da un privato nei confronti del soggetto pubblico, in un rapporto perciò non paritetico, è stata per lungo tempo negata.

In tal senso, può essere richiamata la posizione di risalente dottrina, la quale riteneva che nel diritto amministrativo la buona fede, intesa in senso oggettivo, coincidesse con l'interesse pubblico e che essa dovesse guidare il solo comportamento dei privati nella contrattazione, nella quale essi sono liberi.

¹⁴ Vale rammentare come l'amministrazione non sia comunque equiparabile ad un privato, poiché non gode della medesima autonomia, essendo vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico. Cfr. F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, VI, Milano 2002, pp. 94 ss.

Al contrario, nell'attività della amministrazione, le scelte da assumere coinciderebbero con lo spazio di discrezionalità, la quale è pur sempre guidata dall'interesse pubblico¹⁵.

Riemerge, in questa impostazione tradizionale, una visione certamente autoritativa del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, nonché una stretta, formalistica, applicazione del principio di legalità, il quale, necessariamente, dovrebbe essere tutelato in presenza di un atto illegittimo, senza che il destinatario possa invocare la violazione di regole comportamentali, prettamente privatistiche, o del proprio affidamento¹⁶.

Rispetto a tale posizione di chiusura, una prima apertura, sul piano dottrinale, sembra identificarsi con l'orientamento che, seppur in forme diverse, ritiene compatibile l'applicazione delle regole di buona fede oggettiva col rapporto pubblico, richiamando in particolare la necessaria imparzialità che dovrebbe permeare la pubblica amministrazione¹⁷. In tal modo peraltro, si cerca di legare la tematica in discorso ad un solido ancoraggio costituzionale, rinvenibile, come noto, nell'art. 97 della Carta fondamentale. Sarebbe perciò la stessa natura imparziale dell'amministrazione a determinare la necessità che i rapporti tra privato e p.a. siano ispirati e guidati dalla buona fede¹⁸.

¹⁵ Così si esprimeva E. GUICCIARDI, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Arch. Dir. Pub.*, 1936, 561 ss, che riteneva inutile ed erroneo discorrere di buona fede nel diritto amministrativo.

¹⁶ Cfr. M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1939, pp. 142 ss. nonché ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970, p. 607. V. anche M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 2012, p. 163, ove l'A. Afferma che "la dottrina non poteva ammettere deroghe al principio di stretta legalità che informava per legge l'attività amministrativa, dunque non avrebbe potuto agevolmente apprezzare le nuove tesi provenienti dal diritto civile sulla tutela dell'affidamento e sull'obbligo di agire secondo buona fede, perché chi persegue il pubblico interesse ed è dotato di autoritatività nel portare ad esecuzione non può che implicitamente agire sempre nel rispetto del canone di buona fede".

¹⁷ Ci si intende riferire, in particolare, ai lavori di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, tutti peraltro ben compendati da S. ANTONIAZZI, *cit.*, pp. 54 ss. L'A. richiama anche la posizione di M.P. VIPIANA, *L'autolimitate della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, riconoscendo come l'autolimitate si avvicini al principio di buona fede.

¹⁸ Cfr. U. ALLEGRETTI, *cit.*, pp. 284 ss.

Non va inoltre sottaciuto come, in questa prima fase, un ruolo primario lo abbia svolto la giurisprudenza amministrativa, la quale, con particolare riferimento all'esercizio del potere di autotutela, non si limitava ad ammetterne l'esercizio a ripristino della legalità che fosse stata lesa, richiedendo altresì la sussistenza di un interesse pubblico attuale, che prevalesse sulla posizione del privato destinatario del provvedimento oggetto di riesame¹⁹.

È poi con un noto studio degli anni settanta, che la dottrina nazionale matura la convinzione, al di fuori dei citati articolati stratagemmi, dell'applicabilità della buona fede anche ai rapporti di diritto pubblico²⁰.

In tal senso, si fa rilevare come già lo stesso codice civile considera l'applicazione del canone comportamentale di buona fede al di fuori di casi *stricto sensu* riferibili a fattispecie contrattuali, quali ad es. l'art. 833 c.c. in tema di atti emulativi²¹.

Nella stessa direzione, altra dottrina ha messo in evidenza come la funzione equilibratrice della buona fede, appaia ancor più utile laddove il rapporto tra i soggetti coinvolti dalla fattispecie non sia equiordinato, bensì diseguale, di supremazia di una parte rispetto ad un'altra, come tipicamente nel rapporto amministrativo, ove l'amministrazione, per quanti limiti si vogliano ricercare, esercita pur sempre un potere²².

Lo studio di Merusi, in particolare, conduce all'affermazione per cui l'affidamento "è una situazione giuridica soggettiva preliminare ed autonoma rispetto al principio di buona fede, anche se la tutela è assicurata dall'esistenza di tale principio"²³. Egli peraltro chiarisce come la tutela offerta dalla buona fede non sia automatica, andando a distinguere tra dovere di correttezza e

¹⁹ Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. V., 8/1960, in *Foro Amm.*, 1960, I, p. 45. Una rassegna della giurisprudenza in discorso è reperibile in F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005, pp. 846 ss.

²⁰ Ci si intende riferire, all'evidenza, allo studio di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, poi confluito nel più recente ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001.

²¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 142-144.

²² Sul punto V. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, p. 13-19. L'A. Peraltro fonda la sua posizione anche sulla concezione di *bona fides* elaborata dal diritto romano, proprio quale principio volto a riequilibrare relazioni intersoggettive sperequate o comunque non paritetiche.

²³ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 35.

dovere di coerenza con un proprio precedente comportamento; e riconoscendo come sia il dovere di correttezza a determinare la necessità (per quanto qui interessa) per l'amministrazione di tenere in considerazione la posizione del privato.²⁴

Occorre a questo punto, e prima di illustrare il ruolo che il diritto comunitario (*rectius*: europeo) e la Corte di Giustizia hanno avuto sull'affermazione nel nostro ordinamento della tutela del legittimo affidamento, ricercare il fondamento della buona fede. In particolare, appare doveroso un richiamo agli sforzi dottrinali e giurisprudenziali circa la base costituzionale o meno della buona fede e dell'affidamento. Ciò assume ulteriore rilievo alla luce di quanto si dirà nel paragrafo seguente, con riferimento all'ancoraggio, da parte del diritto UE – sulla spinta del diritto tedesco – del legittimo affidamento al principio generale di certezza del diritto e non già, come fin qui descritto, al dovere di correttezza e buona fede.

Poste tali premesse, vale allora sottolineare come assai vasto appaia il panorama delle posizioni dottrinali in ordine alla base giuridica della buona fede²⁵.

²⁴Con maggiore impegno esplicativo, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, cit.*, pp. 128-129, distingue tra affidamento in senso lato e affidamento in senso stretto, spiegando che "l'affidamento che sta di fronte al principio di non contraddizione è una situazione soggettiva caratterizzata da una aspettativa generata dall'altrui comportamento (che può essere anche inerzia) e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui fiducia. All'opposto di fronte all'obbligo di comportarsi secondo correttezza non riferita ad un precedente comportamento c'è soltanto la generica aspettativa che la controparte si comporti *secundum ius*, anche se, nel caso, si tratta di un precetto non analitico e preciso, ma di una clausola generale che implica un procedimento di specificazione (...). Per uscire dal vago, si pensi a due fattispecie nelle quali opera il principio di buona fede codificate nell'ordinamento italiano: la *culpa in contrahendo sub specie* di ingiustificata interruzione delle trattative (art. 1337) e il divieto di concorrenza sleale (art. 2598). Nel primo caso l'affidamento che si vuol tutelare è, in concreto, una fiducia generata dall'altrui comportamento, nel secondo, se di affidamento si vuol parlare, si deve intendere la generica aspettativa che i propri concorrenti si comportino secondo regole di correttezza determinabili sulla base della tipologia dei rapporti commerciali. Esiste pertanto un'accezione ristretta di affidamento con la quale si intende riferirsi all'aspettativa generata da un precedente comportamento della controparte e un'accezione generica con la quale si intende far riferimento al *Vertrauen in Verkehr*, cioè all'aspettativa che tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico coi quali si viene in contatto rispettino, non soltanto lo *strictum jus*, ma anche le regole di correttezza imposte dal principio di buona fede".

²⁵Per un'approfondita analisi di tale profilo si rinvia a F. GAFFURI, *L'Acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, pp. 194-201.

Secondo la ricostruzione proposta, in particolare, dalla dottrina descritta nelle pagine precedenti, non sarebbe rinvenibile nel dettato costituzionale alcun solido riferimento alla buona fede che, come tale, sarebbe perciò un principio generale *sans texte formale*²⁶.

Seguendo questa chiave di lettura, si dovrebbe riconoscere come il principio di buona fede sarebbe immanente nell'ordinamento giuridico, così non necessitando di alcuna previsione espressa che lo contempra e giustifichi. Sarebbe infatti da considerare come una norma "verticale, un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti"²⁷.

Questo filone dottrinale, anche di recente, considera la buona fede quale regola pregiuridica, appunto immanente e che prescinde dall'espressa riconducibilità a una previsione normativa, financo costituzionale, ritendendola peraltro, così qualificata, maggiormente idonea a spiegare la dinamica dell'affidamento, poiché esso e la sua tutela invero preesistono alla nascita dello Stato²⁸.

Di diverso avviso è, tuttavia, la posizione dottrinale che riconduce il principio di buona fede all'art. 2 della Costituzione, poiché essa sarebbe espressione di quel dovere di solidarietà sociale descritto dalla citata norma. Essa infatti lo contemplerebbe nella sua declinazione di *neminem laedere*, imponendo ai consociati di comportarsi in modo da non arrecare pregiudizio – o comunque il minor sacrificio possibile – alla sfera giuridica altrui²⁹.

A tale posizione, la sopra citata dottrina, obietta tuttavia la difficoltà nel desumere il dovere di buona fede da concetti giuridici così indeterminati come il dovere di solidarietà sociale e sostiene che essa, così come peraltro la tesi che

²⁶Cfr., in particolare, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 2-9; nella stessa direzione, V. anche E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956, p. 71; P. CARNEVALE, "...Al fuggir di giovinezza...nel domani s'ha più certezza" (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 3643 ss.

²⁷Così ancora F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 7.

²⁸Cfr. G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, cit.

²⁹Cfr. F. MANGANARO, *op. cit.*, p. 117. Nello stesso senso si segnalano anche le posizioni di S. RODOTA', *Le fonti di integrazioni del contratto*, Milano, 1969, p. 172 ss e di F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990, *ad vocem*.

fonda sull'art. 3 della Costituzione, di cui si tratterà nel paragrafo seguente, si giustifica più per ragioni pratiche e formali, legate in particolare alla necessità di indicare con precisione una norma costituzionale violata in sede di giudizio incidentale di legittimità costituzionale³⁰.

Tali considerazioni sono peraltro condivise da un ulteriore e diverso orientamento, che, se da un lato ritiene di dover negare la riconducibilità della buona fede e dell'affidamento all'articolo 2 Cost. (e, per vero, anche 3 Cost.), non ritiene sostenibile neppure la diversa opzione interpretativa per cui non sarebbe rinvenibile un dovere costituzionalmente codificato di correttezza e buona fede.

Tale indirizzo sostiene infatti, in adesione con una delle prime impostazioni emerse sul tema³¹, che il dovere di buona fede sia rinvenibile nell'art. 97 della Costituzione, nella parte in cui fa riferimento al principio di imparzialità nell'organizzazione della pubblica amministrazione.

Ciò si fonderebbe sull'assunto per cui non sarebbe configurabile un'azione imparziale della p.a. che non sia anche conforme a buona fede e correttezza, per cui, necessariamente, la prima presupporrebbe la seconda. La medesima dottrina peraltro, così facendo, nega la trasmigrazione della buona fede dal diritto civile al diritto pubblico, bensì, in adesione a quanto già detto circa il fondamento della *bona fides* in diritto romano, la considera intimamente e direttamente connessa, per la sua funzione, a disciplinare i rapporti, tipicamente asimmetrici, tra amministrazione e privato³².

Si deve tuttavia rilevare come tale posizione sia ulteriormente criticata da chi ritiene che essa determinerebbe una ingiustificata equiparazione tra buona fede e imparzialità, con conseguente svilimento dell'autonomia concettuale della buona fede³³.

³⁰Cfr., tra gli altri, A. PACE, *La Corte Costituzionale disconosce il valore costituzionale della libera concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 2985.

³¹Ci si intende riferire al già citato lavoro di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, *cit.*, in particolare pp. 230-233.

³²Cfr., per tale impostazione, F. GAFFURI, *op. cit.*, pp. 199-201.

³³Cfr., in tal senso, F. MANGANARO, *op. cit.*, pp. 57-59, ove l'A. in particolare afferma che "non sempre vi è coincidenza tra l'agire in buona fede e l'imparzialità, perché quest'ultima -

Così riassunto l'ampio panorama di opzioni interpretative proposte dagli studiosi nazionali in tema di fondamento del legittimo affidamento, si impone ora di volgere lo sguardo al di fuori dei confini nostrani, ove la necessità di considerare e tutelare l'affidamento del privato nei confronti della p.a., è emersa da tempo risalente nella attività delle istituzioni europee e, segnatamente, di quella giurisdizionale

2.2. Il ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (e del diritto tedesco). La certezza del diritto.

Come più volte anticipato, nella materia in discorso un ruolo centrale ha svolto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che, per prima, quantomeno in forma esplicita, ha discusso di legittimo affidamento del privato nei confronti dei pubblici poteri.

Il principio è stato per la prima volta affermato dalla CGE nella nota sentenza *Algera* del 1957. In tale decisione, avente ad oggetto la revoca d'un provvedimento amministrativo riguardante un dipendente dell'Assemblea, la Corte ha affermato che "un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal caso l'atto in parola fa sorgere un diritto soggettivo, la necessità di salvaguardare la certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'Amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola"³⁴.

Da questa prima definizione, possono trarsi alcune considerazioni di rilievo in ordine alla, per vero, assai variegata, morfologia del principio in parola. Ancor prima di procedere ad esaminare il fondamento che la Corte di Giustizia individua per il legittimo affidamento, può infatti porsi l'accento sui

sia intesa come eguale trattamento di fattispecie simili sia come attività di un soggetto imparziale che raggruppa, considerandole da un punto di vista globale, le varie qualificazioni parziali – non sempre consente la tutela della buona fede. Se, ad esempio, un bando di concorso stabilisce un termine eccessivamente breve per la presentazione delle domande, l'imparzialità è realizzata, ma vi è lesione del principio di buona fede e correttezza del comportamento della pubblica amministrazione".

³⁴Così Corte di Giustizia, 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57, *Dineke Algera e a./Assemblea Comune della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, in <http://curia.europa.eu>

presupposti che inizialmente avrebbero consentito al privato di vedere tutelata la posizione acquisita.

Già la fattispecie ora citata è emblematica del principale terreno di elezione per la esistenza giuridica dell'affidamento meritevole di tutela, *i.e.* quello della revoca o, più in generale, dell'esercizio di poteri di secondo grado da parte dei soggetti pubblici su proprie precedenti determinazioni.

In questa direzione, come si vedrà meglio in seguito (V. Cap. II, par. 2), sembra che la Corte abbia considerato tre elementi al fine di affermare la tutelabilità della posizione del privato. Essi si identificherebbero nella esistenza di un provvedimento valido, nella presenza di una aspettativa vantata dal privato ragionevole e nel decorso di un sufficiente lasso di tempo che, se trascorso, inciderebbe irrimediabilmente sul principio di certezza del diritto³⁵.

Vale la pena di sottolineare come, in realtà, la copiosa giurisprudenza europea formatasi sul punto, affidi al fattore temporale un ruolo particolarmente pregnante, tanto da superare, lo si anticipa, assai condivisibilmente, la necessità di un originario provvedimento valido. In tal senso infatti, anche un atto individuale illegittimo, se privato di effetti decorso un lungo periodo di tempo e in presenza di una aspettativa del privato fondata su buona fede, risulterebbe egualmente lesivo di un affidamento meritevole di tutela³⁶.

Se tale è, in via di prima approssimazione, l'estensione applicativa del principio, appare naturale conseguenza l'affermazione della Corte di Giustizia per cui il legittimo affidamento rientra "tra i principi fondamentali della Comunità"³⁷. L'affermazione è, all'evidenza, densa di conseguenze giuridiche di primo piano, anche per l'ordinamento nazionale.

³⁵Cfr. G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo, Principi e istituti*, in *Corso di diritto amministrativo* (diretto da S. CASSESE), Milano, 2008, p. 37.

³⁶In tal senso Cfr. Corte di Giustizia, 3 marzo 1982, causa C 14/81, *Alpha Steel*; Corte di Giustizia, 1 febbraio 1978, causa C 78/77, *Luhrs*, in <http://curia.europa.eu>

³⁷Cfr. Corte di Giustizia, 5 ottobre 1994, cause riunite 133/93, 300/93 e 362/93, *Crispolti e altri*; in <http://curia.europa.eu>

In tal senso infatti, il principio assume natura primaria e, conseguentemente, il medesimo valore giuridico dei Trattati, derivandone perciò la diretta applicabilità negli statuti ordinamentali degli Stati Membri³⁸.

Ad affermazioni di principio così forti, fanno tuttavia da contraltare sentenze della medesima Corte di Giustizia ben più ondivaghe negli effetti, soprattutto sul piano della tutela, che ci hanno condotto ad affermare poco sopra che appare variegata la morfologia del principio.

La considerazione è, in primo luogo, giustificata dalle prospettazioni che la Corte fa, fin dagli albori della tutela dell'affidamento, in particolare con riferimento alla necessità di un bilanciamento tra esso (e il suo fondamento, la certezza del diritto) e il principio di legalità. La giurisprudenza europea ha infatti fin da subito negato che il primo abbia portata assoluta, bensì affermando che la prevalenza tra i due debba fondarsi su un confronto tra l'interesse pubblico e gli interessi privati che si assumono in conflitto³⁹.

Nello stesso senso si pone la giurisprudenza della Corte che chiarisce come, nonostante l'esistenza del principio in parola, gli operatori economici non possono fare affidamento sulla immodificabilità di una normativa o di un provvedimento che riconosca loro una situazione di vantaggio. D'altronde, i fenomeni economici ben si prestano alla necessità di interventi modificativi e se essi, ragionevoli, non operano che *pro futuro*, non potrà essere invocato dagli operatori alcun affidamento tutelabile⁴⁰. In dottrina, alla luce di queste considerazioni, si è fatto anche richiamo, oltre al settore del mercato comune, anche a quello della politica agricola e quello degli aiuti di stato⁴¹.

³⁸In questi termini Cfr. G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012, p. 165.

³⁹Cfr. il recentissimo lavoro di A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Roma, 2016, p. 35, ove l'Autrice richiama la sentenza Corte di Giustizia, 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59, *S.N.U.P.A.T./Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*

⁴⁰Cfr. Corte di Giustizia, 5 ottobre 1994, causa C 280/93, *Repubblica federale di Germania c. Consiglio CE*, in *Racc. 1994*. Sul punto, V. anche la più recente Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, C-201/08, *Plantanol*.

⁴¹Cfr. G. PEPE, *op. cit.*, p. 169, che richiama, tra le altre, la sentenza Corte di Giustizia, 14 febbraio 1990, causa C 350/88, *Società française des biscuits delacre c. Commissione CE*, in *Racc. 1990*.

Con riferimento a quest'ultimo si dirà peraltro diffusamente nel prosieguo (V. Cap. II, par. 3.2), volendo qui solo anticipare il condivisibile ragionamento espresso da chi ha rilevato come, in questa fattispecie, non viene in considerazione solo la posizione del diretto interessato e dell'amministrazione, bensì anche quella delle imprese concorrenti, che subiscono un pregiudizio dalla erogazione economica effettuata in violazione della disciplina comunitaria in materia⁴².

Alla luce di questa breve ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, emerge come, ad una netta affermazione di importanza per l'intero ordinamento comunitario del legittimo affidamento, annoverato tra i principi fondamentali, non consegua una altrettanto forte tutela. Forse con eccessiva enfasi critica, in dottrina si è perciò annoverato il principio di affidamento tra quelli che un autorevole esponente aveva definito principi "mito"⁴³.

E tuttavia, non può negarsi come, per quanto con posizione ondivaga, la Corte di Giustizia abbia riconosciuto, sin da tempi ben antecedenti rispetto a quanto avvenuto nel nostro ordinamento, tutela anche risarcitoria per la lesione della posizione in discorso, fondata sul disposto dell'art. 288, comma 2, del Trattato sulla Comunità Europea (oggi art. 340 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), che dispone che "in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni"⁴⁴.

⁴²Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali.*, Milano, 2011, p. 141

⁴³Così M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, p. 24, che richiama la celebre definizione di G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, p. 49

⁴⁴Cfr. Corte di Giustizia, 14 maggio 1975, C 74/74, ove la Corte afferma che "la responsabilità della Comunità non è quindi esclusa, qualora, non esistendo un inderogabile interesse pubblico contrapposto a quello dei singoli operatori economici, la Commissione abolisca, con effetto immediato e senza preavviso, gli importi compensativi in un determinato settore, senza adottare provvedimenti transitori che, almeno, consentano a detti operatori di evitare la perdita connessa all'esecuzione di contratti di esportazione il cui carattere reale e definitivo sia provato dalla prefissazione delle restituzioni, ovvero di essere risarciti di tale perdita". Per ulteriori considerazioni in merito, V. A. GIGLI., *op. cit.*, p. 39.

Anche la più recente giurisprudenza della Corte mostra come il ruolo del legittimo affidamento risulti centrale nella ricostruzione del sistema, potendosi leggere nelle pronunce del Giudice di Lussemburgo che “secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali dell’Unione e si estende ad ogni soggetto nel quale un’istituzione dell’Unione ha fatto sorgere fondate speranze”⁴⁵.

Ciò brevemente ricostruito, può ora sottolinearsi come il fondamento del legittimo affidamento che la Corte individua, non coincida con le considerazioni svolte dalla dottrina italiana e precedentemente descritte. Non è infatti il principio di buona fede e il conseguente dovere di correttezza a fondare la necessità di tutela dell’affidamento del privato ingenerato da comportamenti della p.a., bensì la certezza del diritto.

In ciò la Corte è stata certamente influenzata dalle ricostruzioni della fattispecie propugnate nell’ordinamento tedesco e perciò, appare condivisibile, ancorchè solo parzialmente, stanti i riscontri nazionali, anche risalenti, sopra descritti, la considerazione per cui il principio in parola non appartenga, quantomeno secondo la fisionomia data dalla Corte, alle tradizioni comuni degli Stati membri⁴⁶.

In altre parole, da un lato appare doveroso riconoscere come la spinta europeista sul punto appaia fondata su ragioni storiche e giuridiche distanti dal nostro ordinamento, che certamente non discorreva così chiaramente di

⁴⁵Cfr. Corte di giustizia, Sez. IV, 14 marzo 2013, n. 545, ed ivi ampia giurisprudenza richiamata, che specifica che “esempi in tal senso sono costituiti da “assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative”, mediante “informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili”. Di contro, conclude la pronuncia menzionata, “nessuno può invocare una violazione di tale principio in mancanza di assicurazioni precise fornitegli dall’amministrazione”. In senso analogo, Trib. CE, Sez. I, 17 gennaio 2013, n. 346.

⁴⁶Cfr. M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, p. 25. L’Autrice sottolinea come ciò confermi le considerazioni generali svolte da G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, (G. FALCON, a cura di), Padova, 2005, p. 360, che afferma che “la Corte di Giustizia non ha in realtà riconosciuto quali principi comuni – secondo un criterio “minimale” - quelli che realmente fossero propri a tutti i singoli ordinamenti, ma ha invece proceduto (...) secondo un metodo di valutazione comparativa, riservandosi di riconoscere e accogliere quelli che meglio si adattano alle caratteristiche dell’ordinamento”.

legittimo affidamento e, soprattutto, anche una volta riconosciuto, lo si sia poi fondato su costruzioni dogmatiche diverse; dall'altro lato, tuttavia, esso, ad un più attento esame e come dimostra anche la risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato già citata⁴⁷, appare comunque appartenente alla nostra cultura giuridica.

Tornando al fondamento dell'istituto, è in Germania che il legittimo affidamento mostra per la prima volta i propri segni fondamentali. In tale sede, esso viene ritenuto rilevante in ragione del principio della certezza del diritto (*Rechtssicherheit*).

La Corte Costituzionale della Repubblica federale tedesca chiarisce, in tal senso, come elemento fondamentale dello Stato di diritto sia la sicurezza giuridica, di tal che merita tutela la fiducia posta dal cittadino in un determinato assetto normativo⁴⁸. E ciò non solo laddove essa incida su situazioni ormai esaurite (c.d. retroattività propria), ma anche laddove intervenga su situazioni ancora in itinere (c.d. retroattività impropria), per le quali “la tutela dell'affidamento, in questo caso, nasce dalla ponderazione dell'interesse alla modifica della normativa vigente e dell'interesse contrario dei destinatari al mantenimento di quella situazione. La soluzione risiede allora nel caso concreto, nel peso da attribuire ai valori in gioco”⁴⁹.

Ed è quest'ultima valutazione ad essere propria degli amministrativisti tedeschi, la quale è, in buona sostanza, confluita in particolare nella legge generale sul procedimento amministrativo tedesco del 1976⁵⁰.

Detto che la disciplina in questione risulta particolarmente analitica, vale tuttavia abbozzare, prendendo spunto dalla più recente dottrina che l'ha analizzata,

⁴⁷V. nota n. 16.

⁴⁸Tra le diverse e numerose pronunce: BVerfGE, 3, 237 (sent. n. 15 del 18 dicembre 1953); BVerfGE, 7, 89 ss. (sent. n. 14 del 24 luglio 1957); BVerfGE, 15, 319 (sent. n. 30 del 14 marzo 1963); BVerfGE, 25, 167 ss. (sent. n. 20 del 29 gennaio 1969); BVerfGE, 27, 297 ss. (sent. n. 28 del 16 dicembre 1969); BVerfGE, 60, 267 (sent. n. 20 del 20 aprile 1982); BVerfGE, 86, 268 II, 327 (sent. n. 15 del 3.6.1992). Per una dettagliata analisi della giurisprudenza costituzionale dell'ordinamento tedesco fino agli anni sessanta, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico.*, cit., p. 21 ss

⁴⁹Così G. GRASSO, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁰Sulla quale V. D.U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo. Traduzione con testo a fronte e commento introduttivo*, Milano, 2002.

la *summa divisio* che essa prevede in ipotesi di annullamento d'ufficio, a seconda che si tratti di atto illegittimo o legittimo.

E, così facendo, si nota come, nel primo caso, che maggiormente qui interessa, emerga tipicamente quel giudizio di bilanciamento tra interessi contrastanti, che potrà condurre, nell'ipotesi di massima tutela da accordare al privato, alla conservazione del provvedimento originario; ovvero, laddove ciò risulterebbe eccessivamente sacrificativo per l'interesse pubblico, a forme di riequilibrio fondate su erogazioni economiche a favore del destinatario⁵¹.

Tanto si ricostruisce poiché, se queste sono le basi da cui ha tratto linfa l'ordinamento comunitario, non stupirà allora come, quando si procederà ad esaminare la disciplina che il legislatore nazionale ha approntato per gli istituti di autotutela nella L. 241/1990, tali costruzioni ritorneranno e verranno, *mutatis mutandis*, recepite anche nel nostro sistema (v. *infra* in questo paragrafo e, compiutamente, Cap. II).

Così ricostruito il quadro allora, emerge come la Corte di Giustizia abbia attinto dalla concezione germanica per reperire il fondamento del legittimo affidamento, costruendolo sulla esigenza che ciascun soggetto dell'ordinamento possa avere la garanzia che lo Stato in cui si muove – se, appunto, esso vuole qualificarsi come Stato di diritto – preservi le situazioni giuridiche che al suo interno si sono costituite. E ciò, anche se esse sono derivate da comportamenti della pubblica amministrazione.

In tale sistema allora, emergerebbe che la sicurezza giuridica avrebbe due aspetti, uno di carattere, per così dire, oggettivo, l'altro soggettivo. E quindi, con riferimento al primo, la stabilità dei rapporti giuridici sarebbe interesse

⁵¹Cfr., A. GIGLI, *op. cit.*, p. 34, ove l'A. Analizza compiutamente la disciplina descritta dai par. 48 e 49 della legge sul procedimento amministrativo tedesca, qui solo abbozzata. In particolare, l'A. conclude rilevando che “in conclusione, la disciplina suddetta appare caratterizzarsi per due profili: quanto all'individuazione della meritevolezza o meno della tutela dell'affidamento, gioca un ruolo essenziale la ponderazione tra l'interesse pubblico all'annullamento in autotutela e quello privato al mantenimento dell'atto in relazione al quale l'aspettativa è maturata; quanto invece alla tecnica di tutela, l'affidamento può risultare pienamente soddisfatto nell'impossibilità di annullare il provvedimento amministrativo, ma anche, a fronte di un ritiro legittimo del provvedimento, essere considerato meritevole di una compensazione tramite indennizzo. In conclusione, il legittimo affidamento in Germania trova ampia considerazione nell'esercizio dei poteri di autotutela, ma è in grado di estendersi di là del diritto amministrativo, permeando l'intero ordinamento giuridico, al fine di soddisfare l'esigenza di sicurezza giuridica garantita dallo Stato di diritto”.

dell'ordinamento giuridico stesso; laddove, l'affidamento, sarebbe inerente la posizione dei singoli soggetti a che mantengano stabilità le proprie situazioni giuridiche⁵².

In chiave europea, resta infine da mostrare come il ruolo assunto dal legittimo affidamento nella giurisprudenza comunitaria abbia prodotto effetti assai rilevanti nel nostro ordinamento.

Senza voler anticipare quanto si dirà nel capitolo II in ordine alla disciplina di alcuni specifici istituti, ciò che qui preme rilevare, al fine di fornire tutte le coordinate ermeneutiche necessarie a trattare i profili più specifici della questione, è il rilievo che la qualificazione del legittimo affidamento quale principio generale dell'Unione Europea ha prodotto nel nostro ordinamento.

Ci si intende riferire in particolare all'intervento del legislatore del 2005, il quale, con la legge n. 15, ha novellato l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, inserendo, tra i principi generali dell'azione amministrativa, anche i principi comunitari⁵³.

Nonostante parte della dottrina auspicasse, all'atto della discussione parlamentare, l'introduzione dello specifico riferimento al principio di legittimo

⁵²Cfr. M. GIGANTE, *cit.*, p. 41-42. Per dirla con le parole di P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 3670, il principio di certezza del diritto "è suscettibile, quantomeno in via astratta, di essere tutelato in sé e per sé, senza la necessaria correlazione con i diritti dei singoli, in quanto l'incertezza del diritto è potenzialmente qualificabile, per l'ordinamento, come un male in sé".

⁵³Il "nuovo" articolo 1, comma 1 della legge n. 241/1990 recita infatti "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario". Sul punto, non si può non rinviare ad A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005, 707 e ss., ove l'A. tuttavia descrive il fenomeno in questione come un rinvio formale, cioè "a tutti gli attuali e successivi sviluppi che la fonte sarà in grado di produrre". Ciò è sostenuto anche da L. FERRARA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa, dopo la riforma della legge sul procedimento*, G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), Torino, 2005, p. 47 ss., il quale sembrerebbe perciò concludere circa la non intervenuta nazionalizzazione dei principi comunitari e in particolare di quello di affidamento.

affidamento⁵⁴, la formula sintetica prescritta dal legislatore non è comunque da ritenersi priva di effetti giuridici.

In tal senso, può infatti rilevarsi come, il richiamo esplicito al legittimo affidamento, previsto dal progetto di riforma⁵⁵, avrebbe avuto valore unicamente rafforzativo, poiché, come emerso in precedenza, tale principio è pienamente riconosciuto nell'ordinamento comunitario e, conseguentemente, può considerarsi certamente tra quelli riferibili alla formula utilizzata dalla legge di riforma e che consente di annoverare, anche ai sensi del diritto nazionale, il legittimo affidamento tra i principi generali dell'azione amministrativa⁵⁶.

Se sono vere le precedenti considerazioni, l'acquisito valore nazionale del principio, il che sembra, lo si ribadisce, maggiormente coerente con la volontà legislativa, renderebbe non rilevante, come invece proposto da autorevole dottrina⁵⁷, la ben nota dicotomia tra tesi dualistica e tesi monista in ordine ai rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo⁵⁸.

Anche infatti a voler disconoscere l'intervenuta *primauté* del diritto UE, ad avviso di chi scrive, con la previsione contenuta nel rinnovato articolo 1 della legge 241/1990, il legislatore "nazionalizza" i principi comunitari, affermando che l'attività amministrativa italiana è retta anche da tali principi generali.

Volendo svolgere anche una più generale considerazione di sistema, con riferimento particolare al principio del legittimo affidamento, esso, alla luce di quanto ricostruito fin qui, non è neppure estraneo alla nostra tradizione giuridica, seppure non abbia mai trovato esplicito riconoscimento normativo. Il che conduce a riconoscere come, non si può dire quanto intenzionalmente, ma certamente coerentemente, l'intervento del legislatore che ha inserito nella normativa generale

⁵⁴Ci si intende riferire alla posizione di G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, p. 305 ss.

⁵⁵ Il quale stabiliva che "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficacia, efficienza, economicità e pubblicità, e dai principi dell'ordinamento comunitario".

⁵⁶Cfr. G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2010, p. 104. Nonchè, G. GRASSO, *op. cit.*, p. 94 e, recentemente, A. GIGLI, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁷Cfr. L. FERRARA, *op. cit. e loc. cit.*

⁵⁸In ordine a tale complessa questione, senza pretesa di esaustività alcuna, si V. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 245 ss.; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino 2002, p. 134 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, II. ed., Milano, 2004, pp. 119 ss.

sul procedimento amministrativo i principi generali dell'Unione Europea, si ponga in piena adesione con gli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali che l'hanno preceduto. E ciò sia con riferimento al legittimo affidamento, ma non di meno quanto al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, oggi entrato appieno nel novero dei cardini della discrezionalità amministrativa, che ha attraversato un percorso forse non troppo dissimile dall'affidamento⁵⁹.

E allora, se così è, la scelta legislativa appare oculata, anche su un piano di economia del dettato normativo, poiché attribuisce cittadinanza certa sul piano dell'ordinamento giuridico italiano a principi che già in sede interpretativa, sulla spinta comunitaria, andavano emergendo.

In questi termini allora, perde di efficacia la problematica più generale inerente i rapporti tra i due ordinamenti, quello interno e quello europeo, circa una preminenza dell'uno sull'altro, se è vero che, indipendentemente dalla diretta applicabilità dei principi generali del secondo nel primo, il legittimo affidamento (e la proporzionalità ugualmente) avevano già in precedenza trovato accoglimento nell'elaborazione interpretativa della giurisprudenza e della dottrina. E che il legislatore nazionale ha, per esigenze di certezza del diritto, provveduto a esplicitare nella legge generale sul procedimento amministrativo, forse aderendo, su un piano più metagiuridico, ad una idea di *primauté* del diritto comunitario, la quale, questo lo si riconosce, se fosse vera, non avrebbe avuto bisogno, come anticipato, di alcun espresso richiamo.

Richiamo che il legislatore nazionale ha però, nella sua piena discrezionalità, scelto di effettuare, sì da consentirci di poter – e forse dover – considerare anche i connotati più strettamente di matrice europea del legittimo affidamento. E che ciò sia condiviso dalla giurisprudenza e dottrina maggioritaria, lo si deduce chiaramente laddove si analizzino pronunce e lavori in tema di elementi necessari a identificare un affidamento meritevole di tutela, i quali vengono identificati nei tre tradizionali riferimenti fatti dalla Corte di Giustizia sopra citati e su cui, come detto, ci si soffermerà nel prossimo capitolo.

⁵⁹ Sul principio di proporzionalità, si V., tra gli altri, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

2.3 L'apporto al dibattito e la posizione della Corte Costituzionale. La retroattività impropria della legge.

In ordine al fondamento dell'istituto nel nostro ordinamento, un contributo è derivato anche dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte Costituzionale si è infatti trovata più volte ad affrontare la tematica in discorso, con riferimento, all'evidenza, non già al rapporto tra privato e pubblica amministrazione, bensì tra cittadino e legislatore, dovendo valutare la legittimità costituzionale di provvedimenti legislativi che andavano ad incidere su situazioni consolidate, più o meno, in capo ai cittadini destinatari.

Procedendo con ordine, appare necessario descrivere il fenomeno in parola, che distingue tra la c.d. retroattività propria e impropria della legge.

Nel primo caso, l'intervento legislativo, che opera retroattivamente, va ad incidere su situazioni giuridiche ormai acquisite e consolidate del cittadino. La retroattività impropria, al contrario, agisce su situazioni necessariamente di durata e ancora *in fieri*, rispetto alle quali, tuttavia, la legge va a modificare, tendenzialmente in modo peggiorativo per il cittadino, le originarie condizioni inerenti la posizione e perciò, in qualche modo, l'aspettativa, vantata dal privato⁶⁰.

Ciò premesso, prima di esaminare la posizione del giudice delle leggi, appare interessante rilevare come il già più volte citato lavoro di Merusi del 1970 analizzasse anche questo aspetto dell'affidamento, valutando la necessità di una tutela per il cittadino nei confronti del titolare del potere legislativo.

Tuttavia, come anticipato, l'Autore non ritiene di dover rinvenire il fondamento del legittimo affidamento del cittadino rispetto alla legge in una norma esplicita della Costituzione, bensì nel già descritto principio di buona fede, il quale sarebbe integrativo della Costituzione formale, ma prescinderebbe da essa e ad essa preesisterebbe. In tal senso infatti, il riferimento costituzionale esplicito sarebbe solo necessario ad incardinare il giudizio di legittimità costituzionale innanzi alla Corte, ma non inciderebbe sulla autonomia del principio in parola, che

⁶⁰Cfr. F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2014, p. 585. In generale sulla retroattività della legge V. F. SATTA, *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, 1; R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. Cost.*, 1990, 1332 ss.

vincolerebbe quindi il legislatore a tenere un comportamento corretto nei confronti dei cittadini destinatari della norma⁶¹.

Senza dilungarsi nuovamente sul punto, e rinviando a quanto già detto al par. 2.1, la Corte Costituzionale pare muovere da un fondamento diverso nella ricostruzione dell'affidamento.

Nel riconoscere infatti che il sistema costituzionale non impedisce al legislatore di incidere in senso peggiorativo sui rapporti di durata sorti in base ad un precedente atto normativo (appunto la c.d. retroattività impropria), la Corte ritiene che lo stesso legislatore incontri egualmente dei limiti nel procedere a tale rivisitazione. E tuttavia, tali limiti, a giudizio della Corte, non sono connotati da quel dovere di correttezza e buona fede richiamato dalla dottrina sopra citata, bensì all'eventuale irragionevolezza ed arbitrarietà della scelta legislativa, poiché l'affidamento che il cittadino avrebbe maturato, sarebbe, appunto, fiducia nella sicurezza e certezza dei traffici giuridici.

La Corte, conseguentemente, individua il principale canone costituzionale, che in tale ipotesi sarebbe violato, nell'art. 3 della Costituzione, *sub specie* di violazione del principio di uguaglianza per irragionevolezza.

È in realtà solo apparentemente paradossale il fatto che lo stesso Merusi utilizzasse, quale canone per comprendere se il comportamento del legislatore fosse rispettoso degli obblighi di correttezza e buona fede, quello della ragionevolezza, unito al più a quello della proporzionalità. Invero, non va dimenticato come egli stesso riconoscesse la necessità pratica di individuare un referente costituzionale, necessario, nel nostro sistema processuale, per sollevare una questione di legittimità costituzionale, ma che esso non mutasse la sostanza del fondamento dell'istituto⁶².

Tale logica giurisprudenziale non sembra essere mutata nel tempo, e la Corte Costituzionale, nel riconoscere tutela al legittimo affidamento, ha continuato ad individuarne l'intimo legame non già con un non scritto dovere di buona fede,

⁶¹Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., pp. 265 ss.

⁶²Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., pp.46-47.

bensi con la certezza del diritto e l'uguaglianza, individuando come limite ultimo quello della irragionevolezza della scelta legislatore⁶³.

E così, si legge in numerose pronunce della Consulta, come sia ormai “consolidato il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto e non può essere lesa da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori”⁶⁴.

L'intimo legame tra la giurisprudenza della Corte Costituzionale in questa materia e quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, emerge anche dai numerosi richiami che ad essa la Consulta fa nel motivare eventuali dichiarazioni di illegittimità costituzionale per lesione dell'affidamento, valorizzando “la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha sottolineato che una mutazione dei rapporti di durata deve ritenersi illegittima quando incide sugli stessi in modo «improvviso e imprevedibile» senza che lo scopo perseguito dal legislatore imponga l'intervento (sentenza del 29 aprile 2004, in cause C-487/01 e C-7/02)”⁶⁵.

⁶³Cfr., come primigenia giurisprudenza in argomento, Corte Cost., n. 349/1985, in *Giur. Cost.*, 1985, I, p. 2408; Corte Cost., 14 luglio 1988, n. 822, in *Giur. Cost.*, 1988, I, p. 3872, con nota di R. GINDRE, *Diritti a trattamenti pensionistici e leggi retroattive in peius*, p. 3879 ss; Corte Cost. 4 novembre 1999, n. 416, in *Giur. cost.*, 1999, 3625 ss, con nota di P. CARNEVALE, “...Al fuggir di giovinezza...nel doman s'ha più certezza” (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 3643 ss.

⁶⁴Cfr. Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 236, in *www.lexitalia.it*. Ancor più recentemente, la Corte Costituzionale, con sentenza 1 aprile 2014, n. 64, in *www.cortecostituzionale.it*, ha avuto modo di ribadire che “nel nostro sistema costituzionale non è affatto interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti (salvo, ovviamente, in caso di norme retroattive, il limite imposto in materia penale dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione). Unica condizione essenziale è che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto”.

⁶⁵Cfr. Corte Cost., n. 64/2014, *cit*. Più in generale, sul tema dell'efficacia retroattiva delle leggi, la Corte ha più volte affermato che il divieto di retroattività delle leggi non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost., ben potendo il legislatore emanare norme retroattive “purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale», ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)” (Cfr. Corte Cost., 27 giugno 2013, n. 160, in *www.cortecostituzionale.it*) e con una serie di limiti generali, “attinenti alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei

Anche recentissimamente, a dimostrazione dell'attualità del dibattito in discorso, la Consulta è tornata sul tema dell'affidamento del cittadino nei confronti della legge retroattiva, e lo ha fatto specificando alcuni fattori a cui accordare rilevanza nella valutazione circa la legittimità o meno della scelta legislativa retroattiva⁶⁶.

In particolare, la Corte valorizza sensibilmente l'elemento temporale, ancorché sotto un profilo assai particolare. Invero, a voler ragionare tradizionalmente, tanto più ampio è lo iato temporale che intercorre tra la sorgenza della situazione di vantaggio e l'intervento del pubblico potere che la elimina, tanto più probabilmente si potrà accertare una lesione dell'affidamento che il privato aveva maturato in detta situazione giuridica (sul punto, v. ampiamente CAP. II, par. 2).

Nella recente decisione, al contrario, la Corte, nel riconoscere la particolarità del ragionamento, rileva che “la brevità del lasso temporale, appena quattro mesi, tra il momento in cui il funzionario ha stipulato il contratto - sulla base di una normativa prevista nel contratto collettivo di lavoro e, per di più, stabile nel tempo - e quello di entrata in vigore della nuova disposizione, radicalmente differente proprio con riguardo alle modalità retributive”, incide in modo altrettanto significativo sull'affidamento, ancorché opposto a quello tradizionale.

Inoltre, la Corte valorizza due ulteriori elementi, al fine di condurre in porto lo scrutinio di legittimità costituzionale.

Il primo, viene descritto come grado di meritevolezza dell'affidamento, costruito sul particolare e certo valore incentivante della normativa precedente, sulla cui base il privato aveva orientato la propria condotta, salvo poi veder mutare tale quadro normativo per effetto della sopravvenuta norma retroattiva.

destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario” (Cfr. Corte Cost., 11 giugno 2010, n. 209, in www.cortecostituzionale.it).

⁶⁶Cfr. Corte Cost., 20 maggio 2016, n. 108, in www.cortecostituzionale.it.

Ma la Corte ritiene opportuno poi descrivere un ulteriore elemento, evidentemente necessario a blindare il giudizio di illegittimità costituzionale, individuato nella sproporzione dell'intervento legislativo.

Rispetto ad esso infatti, ritiene la Corte che “risulta non proporzionato il sacrificio imposto al titolare di una situazione soggettiva perfetta derivante da un contratto regolarmente stipulato, rispetto all'esigenza di contenimento della spesa”⁶⁷.

Tanto si riporta in ragione del rilievo, qui creduto generale, dell'affermazione. Non può infatti sottacersi come la legislazione di contenimento della spesa pubblica stia investendo numerosi settori dell'ordinamento e, il limite qui posto dalla Corte Costituzionale, appare tra i più rilevanti che il legislatore debba osservare nella adozione di provvedimenti giustificati da tale ragione, pur meritevole in astratto di tutela e certamente compatibile col dettato costituzionale.

In questa indagine ricostruttiva, non può infine prescindere dall'esame di una recentissima fattispecie oggetto di scrutinio di legittimità costituzionale. In via di estrema sintesi, si tratta dell'esame della normativa in materia di incentivazione per la produzione di energia da fonti alternative, la quale ha, nel corso del tempo, mutato, in senso riduttivo, l'ammontare delle tariffe incentivanti, già oggetto di convenzioni da parte degli operatori del settore.

Ciò premesso, essa rileva, ad avviso di chi scrive, sotto un duplice profilo: il primo, in ordine ai referenti para-costituzionali (o di “costituzionalità interposta”) che la più recente giurisprudenza utilizza per sondare una possibile lesione dell'affidamento; il secondo, in ordine alle modalità di sindacato che la Corte Costituzionale conduce e, in particolare, al suo stretto rigore.

⁶⁷Cfr. Corte Cost. n. 108/2016, *cit.*, che specifica che “occorre ricordare che la norma non appare corredata da alcuna relazione tecnica circa i risparmi da conseguire e tale stima sarebbe obiettivamente difficile, considerato che la platea dei potenziali assuntori dell'incarico di mansioni superiori varia da soggetti che godrebbero della stessa retribuzione prevista dal vecchio assetto normativo ad altri che la perderebbero completamente. Pertanto, il bilanciamento tra la posizione privata incisa dalla retroattività della norma e l'interesse pubblico sotteso al contenimento della spesa rende la disposizione stessa contrastante con l'art. 3 Cost. sotto il profilo della lesione del principio dell'affidamento”.

Quanto al primo profilo, le numerosissime, ben sessantatre, ordinanze di rimessione del TAR Lazio, Sezione III-ter, tutte sostanzialmente coincidenti nel contenuto, mostrano chiaramente il peso avuto in questi anni dalla copiosa giurisprudenza della Corte Costituzionale di cui si è discusso fin qui⁶⁸.

Esse infatti ancorano il principio di affidamento proprio alla sicurezza giuridica, alla certezza del diritto e dei traffici, aderendo, dichiaratamente, a quanto la Corte Costituzionale ha fin qui affermato. Nondimeno, riconoscono, non smentite dalla Corte, l'intimo legame che intercorre tra tale giurisprudenza e quella delle Corti europee, in particolare quella della Corte di Giustizia.

In particolare, dopo aver ripercorso le principali decisioni della Consulta in materia, le ordinanze del TAR Lazio affermano che “tali conclusioni non si discostano (e anzi sembrano permeate) dagli esiti raggiunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE sull’operatività del principio di legittimo affidamento (cui è sotteso quello della certezza del diritto) nel campo dei rapporti economici, in relazione al quale è stato elaborato il criterio dell’operatore economico “prudente e accorto” (o dell’“applicazione prevedibile”): la possibilità di far valere la tutela del legittimo affidamento è bensì “prevista per ogni operatore economico nel quale un’authority nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative”, ma non “qualora un operatore economico prudente ed accorto sia in grado di prevedere l’adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi” (nel caso in cui il provvedimento venga adottato); in tale prospettiva, “gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell’ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali” (cfr. punto 53 della menzionata sent. C. giust. 10 settembre 2009, in causa C-201/08, Plantanol)⁶⁹.

⁶⁸Cfr., unicamente a titolo esemplificativo, stante la totale coincidenza di contenuto, tant’è che la Corte Costituzionale ha trattato congiuntamente tutti i ricorsi, TAR Lazio, Sez. III-ter, ordinanze 24 giugno 2015, nn. 8671 e 8674, 25 giugno 2015, n. 8689, 3 luglio 2015, n. 8898, 28 dicembre 2015, 14603, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it

⁶⁹Cfr., ad es., TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 3 luglio 2015, n. 8898, *cit.*

Non vi è chi non veda come tali argomentazioni si fondino perciò su un inestricabile intreccio – per usare una locuzione tanto cara alla Corte Costituzionale⁷⁰ – tra la posizione della giurisprudenza costituzionale e quella europea, che vengono sostanzialmente a fondersi in un *unicum*, risultando perciò più che mai complesso il fondamento del legittimo affidamento. Anche in questo frangente perciò, emerge il ruolo, già evidenziato nel paragrafo precedente, che il diritto UE ha avuto nell’affermazione, nelle aule di giustizia, della tutela dell’affidamento.

Inoltre, si deve sottolineare come, a dimostrazione della già citata variegata morfologia che assume l’affidamento, e del suo incerto e cangiante fondamento, con riferimento ad esso si assuma lesa, oltre all’art. 3 Cost., anche il principio di cui all’art. 41 Cost., lesa poiché la retroattività normativa inciderebbe irrimediabilmente sulla libertà di iniziativa economica dei privati, *sub specie*, se ben si comprende, dell’affidamento che essi avevano maturato in una determinata situazione economica.

Nonostante tali premesse, e venendo al secondo dei profili sopra anticipati, la Corte Costituzionale ha ritenuto infondate le censure in tema di legittimo affidamento, procedendo ad uno scrutinio particolarmente rigoroso⁷¹.

Esso pare manifestarsi, a nostro avviso, in una duplice direzione.

In primo luogo infatti, la Corte afferma che “è, dunque, quello in esame un intervento che risponde ad un interesse pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell’energia elettrica”.

Emerge dunque, in tutta la sua portata applicativa, la logica del bilanciamento tra interessi sottesa alla tutelabilità o meno dell’affidamento, descritta in precedenza come *proprium* della giurisprudenza della Corte di

⁷⁰ Ci si intende evidentemente riferire alla terminologia utilizzata dalla celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

⁷¹Cfr. Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 16, in www.cortecostituzionale.it

Giustizia⁷². E tale bilanciamento viene condotto dalla Corte in misura assai stringente, poiché manifesta chiaramente il peso dell'interesse pubblico, affermato anche con riferimento al fatto che la tutela degli operatori andrebbe a detrimento anche della collettività, che in parte contribuisce alla loro remunerazione, rispetto all'eventuale affidamento maturato dai destinatari della normativa in parola.

In secondo luogo però, la Corte supera l'ulteriore obiezione proposta, fondata sulla natura imprevedibile e improvvisa del mutamento normativo.

La Corte infatti afferma che “la garanzia di costanza dell'incentivo per tutto il periodo di diritto non implica però, come necessaria conseguenza, che la correlativa misura debba rimanere, per venti anni, immutata e del tutto impermeabile alle variazioni proprie dei rapporti di durata”.

In relazione a tale profilo argomentativo, non può non sottolinearsi, ancora una volta, la piena coincidenza con quanto a più riprese statuito dalla Corte di Giustizia in relazione ai profili di tutelabilità dell'affidamento dell'operatore economico in un determinato settore⁷³.

3. Conclusioni sul fondamento giuridico dell'affidamento nel diritto amministrativo.

Nella ricostruzione sin qui svolta, si è cercato di definire ed individuare il substrato dogmatico e normativo dell'istituto che costituisce l'oggetto della presente trattazione.

A ben vedere, una prima considerazione che può essere svolta, alla luce di tutto quanto fin qui esposto, attiene alle condizioni in presenza delle quali si

⁷²V. supra par. 2.2.

⁷³ Vedi supra par. 2.2 e nota 37. La Corte, a sostegno del proprio assunto, ripercorre anche il lungo iter evolutivo della normativa in materia, rilevando, a suo dire, una chiara tendenza legislativa alla costante rimodulazione delle tariffe incentivanti, di tal che sarebbe da escludere alcuna imprevedibilità in tal senso. E, a cascata, ritiene quindi di poter trovare così il punto di *trait d'union* con la giurisprudenza UE più volte citata, affermando che “l'intervento del legislatore, del quale qui si discute, non è stato imprevedibile né improvviso, per cui l'«operatore economico prudente e accorto» avrebbe potuto tener conto della possibile evoluzione normativa, considerate le caratteristiche di temporaneità e mutevolezza dei regimi di sostegno”.

è potuta far strada la concezione di un affidamento del privato nei confronti della p.a. che fosse meritevole di tutela. Invero, non può negarsi che ciò è stato possibile in virtù del mutamento di fondo e della rivisitazione del rapporto che intercorre tra amministrazione e cittadino⁷⁴.

Ci si intende riferire, in particolare, alla valorizzazione del ruolo del privato nello svolgimento, per quanto qui interessa, ancorché ad essa non limitato, della attività amministrativa. Senza poter necessariamente trattare *funditus* tali profili, non si può non porre mente allo sviluppo della concezione garantistica del procedimento amministrativo che, costruita da autorevole dottrina, ha trovato linfa e riconoscimento normativo nella legge n. 241 del 1990⁷⁵.

⁷⁴ Sulla valorizzazione democratica del procedimento come sede di esercizio del potere amministrativo, V. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro Italiano*, 1984, V, p. 205 e ss.: “i principi della democrazia non possono limitarsi a reggere la funzione legislativa, quella di indirizzo o di governo, la funzione giurisdizionale, ma devono informare anche la funzione amministrativa”: “[...] perché l’ordinamento abbia carattere democratico è necessario che l’amministrazione sia democratica”, “nel senso che non c’è democrazia senza che vi sia anche democraticità dell’amministrazione”. Ha evidenziato G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in *Gli istituti della democrazia amministrativa*, G. BERTI - G. C. DE MARTIN (a cura di), Milano, 1996, p. 18 e ss., il venir meno della legittimazione “originaria”, quella “basata sulla conformità dell’azione alla legge approvata dai rappresentanti del popolo sovrano”: il fatto che “la legittimazione all’esercizio del potere amministrativo non potesse mai esser data per scontata una volta per tutte, dovendo anzi essere riconquistata ogni volta che l’amministrazione opera” si spiega con il passaggio del rapporto tra amministrazione e cittadini “dal binomio autorità-libertà al binomio funzione-interesse”, che ancora la legittimazione stessa dell’amministrazione “sulla capacità dell’azione all’interno dei confini segnati dalla legge, di soddisfare gli interessi dei destinatari dell’azione stessa”.

⁷⁵ V. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, pp. 1427 e ss., ove l’A. sottolinea che “il modo di amministrare si modifica non soltanto oggettivamente, ma anche soggettivamente: all’amministrazione partecipano, o chiedono di partecipare, singoli o gruppi, il cui legame d’interesse con la materia oggetto della scelta amministrativa si manifesta nelle più varie forme, tutte però accomunate dal fatto che questi gruppi e soggetti sono estranei all’organizzazione amministrativa vera e propria”. V. anche ID., in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986, p. 702: l’interesse pubblico “non è più qualcosa di dato, di fissato da somme decisioni politiche (avvolte dalla veste solenne della legge), ma è qualcosa di costruito e cioè il risultato puntuale e mutabile di un processo concreto, di grande complessità. [...] La mediazione tra i vari interessi che è pregio dell’attività politica non si opera più (o non si opera esclusivamente) tra pochi soggetti ed a livello delle decisioni politiche di vertice, ma coinvolge numerosi soggetti e si colloca contemporaneamente ad un livello più basso, cioè al livello dell’attività amministrativa”.

Non può peraltro, in questa sede, non anticiparsi che è proprio l'adozione della legge generale sul procedimento amministrativo ad aver fornito una base normativa a quella dottrina che già, tempo prima, si era occupata di analizzare partitamente gli interessi del privato nel procedimento amministrativo, valorizzandoli in senso autonomo rispetto all'interesse legittimo di base⁷⁶.

In tal senso, infatti, con l'entrata in vigore della L. 241/1990, ci si è potuti confrontare con delle facoltà normativamente attribuite al privato di fronte alla p.a., talora con il vero e proprio *nomen iuris* di diritti, sì da condurre la dottrina a indagarne la natura giuridica, con particolare attenzione al profilo della riconducibilità degli stessi ad autonome situazioni giuridiche soggettive distinte dalla situazione sostanziale di fondo⁷⁷.

Si ritiene peraltro più corretto, per esigenze di coerenza sistematica, analizzare più approfonditamente tali problematiche nel prosieguo, ove si dedicherà particolare attenzione alla natura giuridica della pretesa alla considerazione del legittimo affidamento, contrapponendosi, appunto, la tesi che ritiene di doverlo qualificare in termini di diritto soggettivo, a quella che lo inserisce nella categoria degli interessi legittimi (V. in particolare Cap. III, par. 4).

Ora, sulla base quindi di una idea di procedimento amministrativo nel quale al privato sia garantita la rappresentazione, ma anche la tutela, dei propri interessi, ove incisi dall'azione dei pubblici poteri, è stato possibile teorizzare e ipotizzare, superando le idee negazioniste inizialmente avanzate in dottrina e sopra riportate, che l'affidamento che il privato potesse aver maturato nei confronti di un qualche atto o comportamento della p.a., dovesse ricevere

⁷⁶ Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Roma, 1990, p. 34; G.GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981, p. 159; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001 (I. ed. 1994), p. 140.

⁷⁷ Per un approfondito esame delle diverse posizioni sostenute in tema si v. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 133 e ss.; F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Percorsi di diritto amministrativo* (a cura di S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA), Torino, 2014, p. 161 e ss.; M. C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. ROMANO), Torino, 2016, p. 310 e ss.

adeguata – se non sempre tutela – quantomeno considerazione nell’esercizio del potere.

Non è perciò un caso che, come si vedrà nel capitolo seguente, il legislatore della legge generale sul procedimento amministrativo, soprattutto quello novellatore della stessa nei vari interventi che si sono succeduti negli anni, abbia utilizzato tale scheletro normativo per inserirvi numerosi profili di rilievo del legittimo affidamento del privato. Nonché, come già chiarito in precedenza, abbia operato un espresso richiamo ai principi europei, tra cui pacificamente quello in discorso, proprio nell’articolo iniziale della legge n. 241/1990.

Ecco che allora, come anche adombrato, ancorché non esplicitamente, in alcune brevi considerazioni dottrinali, emerge l’intimo legame che intercorre tra la concezione garantistica del procedimento amministrativo – o comunque di superamento della pura e semplice supremazia della amministrazione sul cittadino – e l’emersione di istituti quale quello del legittimo affidamento del privato⁷⁸.

In altre parole, condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per spiegare il fondamento del legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a., è quella inerente la generale valorizzazione del ruolo del cittadino rispetto all’esercizio del pubblico potere, non più semplice amministrato, ma risorsa, che, in qualche forma, partecipa alla cura dell’interesse pubblico e, perciò, viene coinvolto nel procedimento amministrativo, con conseguente necessità, al fine di garantire effettività a tali principi, di tutelare la sua posizione⁷⁹. Ai

⁷⁸ Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII, Roma, 2014, pp.639-640, che spiegano che “Ad onta della dequotazione dei vizi formali e procedurali da taluni collegata alla doppia riforma del procedimento amministrativo intervenuta nel 2005 (con le leggi nn. 15 e 80), la descritta concezione del procedimento amministrativo può dirsi ancora valida ed attuale, se non rivalutata: si pensi alla riscrittura dell’art.1. l. n. 241 del 1990, e al richiamo ora ivi contenuto ai principi comunitari, tra cui in specie quelli di tutela dell’affidamento e di proporzionalità.”

⁷⁹ Sul punto, senza alcuna pretesa di esaustività, V. G.ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, in www.cittadinanzattiva.it, secondo il quale “in un’amministrazione che sia realmente, come afferma la Costituzione, strumento di promozione della dignità di ogni persona e della sua piena realizzazione come essere umano, il cittadino non può essere considerato come un amministrato, bensì deve essere considerato come un protagonista nella realizzazione del proprio pieno sviluppo, insieme ed a pari titolo con l’amministrazione”;

nostri fini, in particolare, quella di chi si trovi a maturare un affidamento, per effetto di una precedente condotta della p.a.

Tale ultimo profilo, ci conduce per mano alla necessaria valutazione dell'incidenza che la valorizzazione del profilo dell'affidamento del privato può avere rispetto alla attività amministrativa.

In questa chiave, nel ripercorrere le tesi dottrinali e giurisprudenziali che sopra sono state analizzate, appare a chi scrive, come sarà anche ulteriormente approfondito, che tale incidenza non si verifichi in misura sempre costante e immutabile. La considerazione del legittimo affidamento del privato da parte della p.a., potrà condurre a diverse soluzioni, volte ad adeguare al caso concreto l'esercizio del potere, senza che ciò sviscoli il ruolo dell'istituto in parola. Ciò perché in fondo – e questo, si badi bene, assume un ruolo anche nella qualificazione giuridica dell'affidamento, di cui si discuterà nel terzo capitolo del lavoro – l'esistenza di un affidamento meritevole di tutela impone di considerare, nel perseguimento dell'interesse pubblico primario, un particolare interesse pubblico secondario, quello del privato appunto, che ha assunto un ruolo rafforzato.

Rafforzato in forza della sua consolidazione per effetto di un precedente atto o comportamento della amministrazione che, in presenza di determinati requisiti, lo fanno assurgere al rango di vero e proprio affidamento, e non già mera aspettativa, divenendo meritevole perciò di tutela. Ma se così è, e ne si discuterà nel capitolo seguente, appare evidente a chi scrive che sede naturale per la tutela dell'affidamento sarà quella del bilanciamento di interessi, di ponderazione della scelta, tipica della discrezionalità amministrativa, che deve tener conto anche della posizione del privato eventualmente rafforzata nei termini che si sono esposti.

motivo per cui “ si comincia a parlare di clienti anziché di utenti, un modo forse ingenuo per dire che l'amministrazione deve passare dalla cultura dell'adempimento burocratico alla cultura del risultato e della qualità, per soddisfare le esigenze di coloro che pur continuando ad essere degli amministrati, cominciano ad essere considerati in una nuova prospettiva, coerente con la nuova cultura amministrativa che si sta facendo strada”.

In questa analisi allora, si può ritenere che non sussista una netta cesura tra le diverse tesi dottrinali che hanno cercato di individuare un fondamento per il legittimo affidamento, bensì che intercorra una intima connessione tra chi rinviene una necessaria tutela dell'affidamento in ragione della clausola generale e non scritta della buona fede, e la tesi, di matrice germanica, che individua il fondamento del legittimo affidamento dei cittadini verso i pubblici poteri nel principio, anche costituzionale, della certezza del diritto.

La matrice comune è rappresentata proprio dal superamento della concezione di amministrazione come potere assoluto, per abbracciare una idea di amministrazione condivisa, o quantomeno che esercita il suo potere in un procedimento a matrice garantistica.

Essa allora può essere vista come precipitato tanto della soggezione della amministrazione alla regola comportamentale della buona fede, quanto della necessità di garantire la certezza del diritto nello svolgimento di attività pubblicistiche. Invero, nei rapporti di diritto pubblico, a differenza del diritto privato, può dirsi che buona fede e certezza del diritto tendano nella stessa direzione, *id est* la cura dell'interesse pubblico primario, nella considerazione degli interessi pubblici secondari, che rappresenta il *proprium* della nozione più evoluta di funzione amministrativa⁸⁰.

Conseguentemente, pur potendosi in astratto condividere le considerazioni svolte dalla dottrina che, nel ritenere fondamento dell'affidamento la regola non scritta della buona fede, sottolinea come la tutela dell'affidamento preesista allo Stato⁸¹, si vuole in questa sede maggiormente sottolineare l'aspetto comune alle due posizioni.

⁸⁰ Cfr., per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970

⁸¹ V. G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 19-20: "A fronte delle varie opzioni interpretative deve darsi preferenza al modello che riconosce nella buona fede il fondamento primo ed ultimo del legittimo affidamento. Tale soluzione appare la migliore sul piano della teoria generale e della ricostruzione sistemica dell'ordinamento. Deve infatti osservarsi che concettualmente l'affidamento generato dalla Pubblica Amministrazione non si distingue dall'affidamento del legislatore, né da quello dei privati o dello Stato che opera sul piano del diritto internazionale. Se molteplici sono gli ambiti di rilevanza e diversi tra loro sul piano delle coordinate giuridiche e dell'ordinamento giuridico di riferimento, ovunque l'affidamento si manifesta con le medesime caratteristiche. Ciò posto, sia la costruzione della certezza del diritto che quella dell'ancoraggio alla Carta Costituzionale, in quanto proprie unicamente di una data dimensione

Aspetto che si sostanzia, sul piano degli effetti, nel ritenere l'affidamento tutelabile in una logica non assoluta, in relazione agli interessi in concreto coinvolti. Per come interpretato dalla giurisprudenza UE e Costituzionale infatti, è emerso che la tutela dell'affidamento possa trovare cittadinanza solo allorquando, all'esito di un giudizio comparativo tra gli interessi, esso possa essere considerato preminente. In questa logica infatti, la stessa Corte Costituzionale ha, come evidenziato, sempre proceduto a valutare la legittimità costituzionale di una legge caratterizzata dalla c.d. retroattività impropria, operando uno scrutinio particolarmente stringente.

Ora, al di là della configurabilità di verifiche di legittimità costituzionale più o meno stringenti a seconda del caso in esame, posto che non esiste una tale gradazione in alcuna fonte normativa, *rebus sic stantibus*, tale giudizio di bilanciamento a "differente rigore", è strumento di cui la Corte spesso si avvale.

E così fa, in maniera particolare, per l'eventuale lesione del legittimo affidamento del privato, che, come si è visto sopra, nella recente casistica in tema di incentivazione per gli impianti ad energia rinnovabile, è, in conclusione, considerato cedevole di fronte alla tutela di interessi della collettività. La riduzione del meccanismo di incentivazione consentirebbe un minor costo dell'energia per i cittadini, con conseguente necessità di privilegiare tale ultimo profilo rispetto a quello di tutela degli operatori che avessero maturato un affidamento rispetto al *quantum* di dette erogazioni da parte del soggetto pubblico⁸².

È di palmare evidenza dunque che il legittimo affidamento non abbia, nella pratica giurisprudenziale oggi seguita, margine di tutela assoluta e

statale, presentano una limitata capacità esplicativa. La chiave di lettura della buona fede, come principio immanente in ogni sistema giuridico, anzi quale regola pregiuridica, comune a tutti i rapporti sociali, appare maggiormente idonea a fondare l'istituto dell'affidamento.(...) Giungere a tale conclusione non vuol dire escludere che il principio dell'affidamento informi e permei lo Stato di diritto nella sua prospettiva di certezza, né che vi possa essere anche un fondamento costituzionale del suo canone e della buona fede. Altra cosa, tuttavia, è affermare che il legittimo affidamento sia una creazione dello Stato moderno o delle Costituzioni. La tutela dell'affidamento, infatti, preesiste alla nascita dello Stato".

⁸² Cfr. Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 16, *cit.*

costante. Esso, per la sua morfologia, non essendo altro che un connotato particolare di uno degli interessi coinvolti nel procedimento, riceve la tutela che si ritiene più equa in una logica di bilanciamento. D'altronde, che non sia più il tempo dei diritti "tiranni", assoluti, inaffievolibili, ed invece l'epoca della relazionalità anche delle situazioni giuridiche soggettive, è dato riscontrabile nella interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, comune a tutte le branche dell'ordinamento⁸³.

A parere di chi scrive, queste considerazioni possono considerarsi valide anche a voler ritenere l'affidamento non già precipitato della certezza del diritto, bensì della buona fede.

In questi termini, si impone una considerazione preliminare di natura più propriamente civilistica. Invero, chi scrive, ritiene di dover aderire a quell'impostazione ermeneutica che valorizza la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto civile, nonostante la criticata e

⁸³ La locuzione "diritto tiranno" è stata utilizzata da Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *www.cortecostituzionale.it*, che, in sede processualpenalistica, ha affermato il principio per cui "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona". Nell'ambito del diritto amministrativo, V. Cons. Stato., Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *www.federalismi.it*, che afferma che "È il concreto esercizio del potere pubblico a connotare la correlativa situazione del privato e non viceversa. La pretesa natura di "diritto indegradabile" non può rendere nullo, tamquam non esset, l'esercizio del potere, sì da far affermare che l'Amministrazione, a fronte di esso, agisca senza alcuna prerogativa pubblicistica e solo "nel fatto", poiché il diritto indegradabile non ha uno statuto "ontologico", ma implica già un giudizio di valore, un bilanciamento tra gli interessi in gioco, quello, pur fondamentale, fatto valere dal privato e quello tutelato dall'Amministrazione con l'esercizio del potere." In dottrina, si V., in chiave riassuntiva delle posizioni critiche ai diritti inaffievolibili, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *op. cit.*, p. 1959, che spiegano che "si rileva come la teoria dei diritti resistenti a tutta oltranza si basi sull'inesatto presupposto che vi sia una netta contrapposizione tra carattere fondamentale del diritto e possibilità per la p.a. di esercitare il proprio potere discrezionale: ciò non è concepibile in una società pluralistica come quella attuale, nella quale è necessario temperare anche i diritti inviolabili del singolo con altri diritti ed interessi, privati e pubblici. Ogni diritto fondamentale, cioè, trova i suoi limiti e i suoi temperamenti, e talora anche un inevitabile pregiudizio, nella necessità di tutelare altri diritti fondamentali contrapposti e di perseguire altri interessi di natura privatistica o pubblicistica. D'altra parte la Costituzione, anche se in via generale qualifica numerosi diritti come fondamentali, attribuisce comunque al legislatore ordinario – e, attraverso questo, alla p.a. – il compito di trovare le soluzioni concrete che meglio bilancino la tutela del diritto con il perseguimento degli interessi pubblici e con la tutela di altri interessi privati anch'essi di rango costituzionale".

criticabile recente tendenza giurisprudenziale a sfumare sempre di più tale bipartizione⁸⁴.

Senza dilungarsi sul punto, gli insegnamenti più classici della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, hanno operato la distinzione tra regole che, se violate, possono determinare l'invalidità dell'atto o del contratto su cui la violazione si ripercuote, e regole comportamentali, la cui violazione non può determinare una invalidità dell'atto ad essa sotteso, ma unicamente essere fonte di responsabilità del contraente che detta regola ha violato⁸⁵.

⁸⁴ Sembra dovrebbero deporre in senso dequotativo rispetto a tale distinzione Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, con nota di PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, pp. 2039 s., ove l'A., in chiave critica, rileva che "tale versione della buona fede in aura di solidarietà sociale" non solo è priva di qualsivoglia riscontro giurisprudenziale, ma contrasta apertamente con "l'impostazione sistematica intesa a scandire l'alternatività tra regole di validità e regole di condotta, relegando il parametro della correttezza a questa seconda provincia", e chiude affermando che "le perplessità, a questo punto si sprecano". Altresì problematica rispetto alla dicotomia citata è Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *www.dirittocivilecontemporaneo.it*, ove si legge che "Quanto poi agli effetti della valutazione di immeritevolezza, essi, in via di principio - esorbitando dall'area della mera scorrettezza comportamentale presidiata, per quanto innanzi detto (al n. 7.2), dalla sola tutela risarcitoria - non possono non avere carattere reale, con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, e cioè della formula loss occurrence. E tanto sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dall'art. 1419 c.c., comma 2, nonché del principio, ormai assunto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 Cost., "che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa" (Corte cost. n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013), consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo temperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. sez. un. 13 settembre 2005, n. 18128)."

⁸⁵ Ci si intende riferire al noto insegnamento di Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724-26725, in *Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di SANGIOVANNI; in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di MARICONDA; in *Giur. comm.*, 2008, II, 604 ss., con nota di BRUNO-ROZZI; in *Società*, 2008, 449 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO, a mente della quale è necessaria una "riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità. Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) - il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a

Tra queste ultime, si è in particolare fatto riferimento alla buona fede e a i doveri comportamentali, i quali, secondo questa impostazione, se violati, non potrebbero determinare l'invalidità del contratto a valle stipulato.

E allora, con una logica ermeneutica forse ardita, tale premessa può, a nostro parere, aiutarci a meglio comprendere l'ampiezza della tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo (*rectius*: nei rapporti potere-interesse).

Infatti, *mutatis mutandis*, la buona fede violata dalla p.a., da cui nascerebbe un affidamento tutelabile del privato, resta una regola comportamentale. E allora, a livello di costruzione generale, tale interesse non può che entrare in un meccanismo non di tutelabilità assoluta, bensì relativa che, nel diritto pubblico, si manifesta tipicamente nella logica del bilanciamento di interessi. In altri termini, la eventuale lesione di un affidamento non può condurre sempre all'annullamento del provvedimento amministrativo, ma entra in "competizione" con gli altri interessi, in particolare quello pubblico primario, e soggiace al già citato giudizio di bilanciamento. A nostro avviso, proprio in ragione del suo fondamento, *i.e.* il dovere di comportamento secondo buona fede violato dalla p.a.

Anzi, nel sistema del diritto pubblico, l'adesione alla soggezione al giudizio di bilanciamento dell'affidamento, può talora condurre ad un giudizio di invalidità dell'atto, che, come anticipato, in presenza di regola

determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite". In dottrina si V. altresì, per la precisione con cui analizza la fattispecie scrutinata dalle S.U., V. ROPPO, *Compravendita di strumenti finanziari e obbligo di informazione. La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di cirio bond & Tango bond)*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 6, pp. 604-630.

comportamentale non può predicarsi rispetto al contratto nel diritto civile, almeno secondo l'impostazione più tradizionale.

In conclusione sul punto, si è cercato di chiarire come le diverse tesi dottrinali e giurisprudenziali sul fondamento dell'affidamento conducano, a nostro avviso, alla conclusione, comune, circa l'esistenza di un principio di affidamento meritevole di tutela nel diritto amministrativo, inizialmente negata; e che, per le caratteristiche ontologiche che essa possiede, non possa dirsi sempre uguale la sua forma di tutela, entrando in un giudizio di bilanciamento tipico del rapporto di diritto pubblico, che potrà avere esiti mutevoli.

Di tali esiti ci occuperemo nel prosieguo del lavoro, procedendo in particolare, nel capitolo che segue, ad esaminare *funditus* le ipotesi normative, in particolare quelle della legge n. 241 del 1990, che sin qui si sono solo occasionalmente citate. Tale analisi cercherà di mostrare l'ampiezza di tutela che potrebbe essere riconosciuta al legittimo affidamento in relazione a diverse fattispecie prospettabili.

Si potrà quindi verificare la bontà – qui creduta tale – o meno, delle premesse metodologiche sin qui esposte, evidenziando le condizioni in presenza delle quali può considerarsi maturato un affidamento tutelabile e le diverse possibili conseguenze sul, piano degli effetti, della sua configurabilità.

Capitolo II

Il quadro normativo e applicativo in ordine al legittimo affidamento. Il principio come guida della legislazione e come limite del potere.

Sommario: 1) La disciplina legislativa e l'influenza del legittimo affidamento. 1.1) L'annullamento d'ufficio 1.2) La revoca 1.3) Il recesso dagli accordi *ex art. 11 L. 241/1990* 2) L'ampiezza della tutela del legittimo affidamento. I tre elementi necessari alla configurazione di un affidamento tutelabile 3) Casistica giurisprudenziale in particolari materie. 3.1) Attività edilizia e affidamento 3.2) Tutela della concorrenza, aiuti di Stato e affidamento 4) Conclusioni sul ruolo del legittimo affidamento in funzione direttiva, interpretativa e limitativa del potere. Primi profili di tutela della posizione di affidamento.

1. La disciplina legislativa e l'influenza del legittimo affidamento.

Come anticipato, il tema della tutelabilità del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione non è rimasto estraneo all'attività del legislatore. Si deve da subito rilevare come, esplicitamente, tale locuzione non si rinvenga nel dettato normativo della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990⁸⁶.

⁸⁶ In verità, è necessario evidenziare che il concetto di affidamento ha trovato un esplicito riconoscimento normativo in materia tributaria, con la L. n. 212 del 2010, lo Statuto del Contribuente, che all'art. 10, rubricato "Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente", dispone che "1. I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede. 2. Non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima, o qualora il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'amministrazione stessa. 3. Le sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria o quando si traduce in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta; in ogni caso non determina obiettiva condizione di incertezza la pendenza di un giudizio in ordine alla legittimità della norma tributaria. Le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto." In tema, V. S. ANTONIAZZI, *La*

Si è già detto sopra (v. Cap. I., par. 2.2.), che la legge 15/2005 ha inserito nell'art. 1 della L. 241 del 1990 il riferimento all'applicabilità dei principi dell'ordinamento comunitario in tema di procedimento amministrativo, senza riferirsi esplicitamente, come inizialmente prospettato, al principio del legittimo affidamento e della proporzionalità.

Senza tornare sul punto, ciò che qui interessa rilevare, posta la conclusione raggiunta in precedenza circa l'immanenza nel sistema del principio del legittimo affidamento, è che tale *iter* legislativo dimostra la presa di coscienza da parte del legislatore dell'esigenza di considerare l'affidamento del privato di fronte all'esercizio del potere pubblico.

In tal senso, indipendentemente dalla formula poi utilizzata, non si può dubitare che tra i principi dell'ordinamento comunitario cui il legislatore ha scelto di assoggettare l'attività della p.a., vi fosse, già al tempo, quello del legittimo affidamento, i cui contorni, in sede europea, erano già pienamente emersi.

Ma, posta tale premessa, essa appare ulteriormente suffragata dall'esame di alcuni istituti disciplinati dalla legge 241 del 1990, che, pur non richiamandosi espressamente alla necessità di tutela dell'affidamento del privato, mostrano, in chiave diacronica, come il principio qui in discorso abbia assunto una importanza crescente nella disciplina legislativa.

Ecco che allora, a chi scrive, pare che esso abbia agito come vera e propria "guida" per il legislatore, che, seppure non esplicitamente, ha chiaramente dimostrato di considerare le posizioni private che potessero essersi in qualche modo consolidate rispetto alla posizione dell'amministrazione e che, come tali, debbano incidere, ancorché in diversa guisa, sull'esercizio del potere.

Quest'ultima affermazione tradisce il terreno di principale elezione del legittimo affidamento, *i.e.* quello dei provvedimenti di c.d. secondo grado. Come da sempre rilevato dalla dottrina che si è occupata del tema, e

tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione, cit., p. 75 e ss. e la dottrina e la giurisprudenza ivi ampiamente richiamate.

confermato dalla casistica giurisprudenziale maturata, è in quest'ambito che maggiormente il principio in discorso può esplicare la sua massima portata applicativa.

Non vi è chi non veda come, infatti, laddove l'amministrazione riesamini una propria precedente determinazione in senso peggiorativo per il privato originario destinatario, quest'ultimo possa subire un pregiudizio alla propria sfera giuridica così come delineata dal provvedimento genetico, poi oggetto di rivisitazione da parte della p.a.

E tuttavia, tali poteri di c.d. autotutela, sono tradizionalmente considerati immanenti nelle attribuzioni della pubblica amministrazione. Si impone perciò qualche considerazione sul punto, prima di procedere ad esaminare le manifestazioni più tipiche, oggi normate, dei poteri di autotutela e del ruolo rispetto ad essi del legittimo affidamento.

Come noto, al contrario di quanto avviene nei rapporti privatistici, ove le ipotesi di autotutela sono eccezionali e necessitano di una espressa previsione normativa⁸⁷, nel diritto amministrativo, l'autotutela è da sempre considerata connaturata all'attività dell'amministrazione, in ragione del necessario perseguimento dell'interesse pubblico che essa conduce nello svolgimento della propria attività⁸⁸. In tal senso, la celebre definizione di Benvenuti, per cui l'autotutela consente all'amministrazione di risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese⁸⁹.

Nell'accogliere la tesi benvenutiana sulla nozione di autotutela, particolarmente ampia, si suole allora distinguere tra autotutela decisoria ed autotutela esecutiva. Posto che la seconda si riferirebbe alla possibilità per

⁸⁷ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata, I, Introduzione*, Milano 1971.

⁸⁸ Sul tema dell'autotutela nel diritto amministrativo, V., senza pretesa di esaustività, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, I, Milano, 1958, pp. 319 ss.; G. GHETTI, voce *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, pp. 81 ss; G. CORAGGIO, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, IV, 2; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 488 ss.

⁸⁹ F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537 ss., ove l'A. descrive l'autotutela, con maggiore sintesi, come il potere della p.a. di "farsi ragione da sé, secundum ius, per le vie amministrative".

l'amministrazione di portare ad esecuzione materiale i propri provvedimenti, quand'anche contro la volontà del destinatario⁹⁰, ai nostri fini assume rilievo principale la categoria dell'autotutela decisoria⁹¹.

Quest'ultima comprende quei poteri dell'amministrazione che le consentono di intervenire su proprie (o di altra autorità) precedenti determinazioni, andando a modificare l'assetto di interessi venutosi a definire per effetto del precedente atto amministrativo⁹².

È in quest'ultima categoria che rientrano gli istituti che maggiormente interessano nell'esaminare la posizione del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione e, in particolare, quelli dell'annullamento d'ufficio e della revoca dei provvedimenti amministrativi.

Essi sono stati oggetto di apposita disciplina da parte del legislatore della Legge 15 del 2005, di riforma della l. 241 del 1990, e successivamente modificati da interventi normativi ulteriori, che si analizzeranno di seguito.

Su questo profilo appare opportuno spendere alcune brevi considerazioni, rilevanti anche ai fini specifici della presente trattazione, essendosi su di esso appuntate alcune critiche dottrinali in ordine alla ricostruzione, così ampia, di autotutela, che sin qui si è proposta.

Invero, la dottrina tradizionale, riconosce il potere generale di autotutela della p.a., come sopra descritto, in ragione della particolare rilevanza

⁹⁰ Ci si riferisce oggi agli istituti disciplinati dall'art. 21 *ter* della L. 241 del 1990 che disciplina l'esecutorietà del provvedimento amministrativo disponendo che "Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge" e 21 *quater*, che descrive l'esecutività del provvedimento amministrativo rilevando che "i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo."

⁹¹ Nella nozione di autotutela proposta da Benvenuti, v'è spazio in realtà per ulteriori e più specifiche categorizzazioni: in tal senso l'autotutela decisoria sarebbe contenziosa, allorché il potere venga esercitato dalla p.a. su ricorso del destinatario dell'atto, esplicitando così la decisione una funzione giustiziale; l'autotutela decisoria c.d. necessaria sarebbe espressione della funzione di controllo che un'autorità diversa esercita, nelle ipotesi previste, su atti di altra autorità; l'autotutela decisoria c.d. spontanea, ove l'amministrazione rivaluta le situazioni di fatto e di diritto poste alla base di un dato provvedimento che la stessa o, nei casi previsti, altra amministrazione, aveva in precedenza posto in essere.

⁹² Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pp. 449 ss.

dell'interesse pubblico e per l'imparzialità che la caratterizza, nonché per la necessità di speditezza dell'azione amministrativa, sì da rendere possibile, per l'amministrazione, la pretermissione dell'intervento giurisdizionale per vedere affermati e riconosciuti i propri diritti, al contrario dei privati, potendo "farsi giustizia da sé". In ciò, è evidente il retaggio dei modelli di Stato assolutistici, che fondano generali poteri di privilegio per il soggetto pubblico⁹³.

Ecco perché, tra le altre critiche, in dottrina si è evidenziato come, se l'amministrazione esercitasse un potere diverso rispetto a quello originariamente esercitato, come emergerebbe dalla citata ricostruzione teorica, ciò si porrebbe in conflitto con il principio di legalità, che ha ormai fatto ingresso nel nostro ordinamento con la Costituzione. Risulterebbe infatti necessaria una norma di legge, che consentisse alla p.a. di esercitare il potere di riesaminare le proprie precedenti determinazioni⁹⁴.

In dottrina, si è allora sostenuto che il potere di riesame non debba essere considerato come esercizio di un potere diverso da quello originariamente esercitato, bensì come esercizio successivo dello stesso potere di amministrazione attiva posto in essere con l'adozione del primo provvedimento⁹⁵.

Ora, nonostante la pregnanza delle critiche e la precisione di tale secondo filone di pensiero, da considerare addirittura prevalente nel panorama dottrinale, in questa sede si deve condividere quanto affermato in dottrina in ordine all'utilizzo ormai diffuso, anche in giurisprudenza, e di particolare

⁹³ Cfr. S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, pp. 1245 ss.; P. PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, vol. II, Napoli, 2001, p. 18.

⁹⁴ Cfr. M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, pp. 815 ss.

⁹⁵ Cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969; a favore di tale impostazione V. anche A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 720; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, pp. 259 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. II, pp. 767 ss., p. 869. Per una disamina completa del tema V. G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004.

pregio descrittivo e sistematico, della locuzione “autotutela decisoria” come volta a ricomprendere i poteri di riesame che ci si accinge ad analizzare⁹⁶.

Con la conseguenza che pare corretto potersi riferire perciò all'autotutela, come *genus*, nella successiva analisi dei poteri di annullamento d'ufficio e revoca⁹⁷.

E ciò appare altresì giustificato dalla scelta legislativa, nel disciplinare espressamente i poteri di annullamento d'ufficio e revoca, di concentrarsi, in

⁹⁶ V. R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza. Volume II: Invalidità e autotutela*, Milano, 2007, p. 356.

⁹⁷ In ordine al dibattito tra le due principali opzioni sul fondamento del potere di riesame V. la pregevole sintesi di R. MUSONE, *Concezioni del potere di riesame e tutela del legittimo affidamento*, in www.filodiritto.it, 2013, ove si legge che “in effetti, una delle principali preoccupazioni alla base della tesi dell'amministrazione attiva è proprio la necessità di evitare un contrasto insanabile tra riesame e principio di legalità. Il problema del rapporto con il principio di legalità è presente anche nel primo orientamento, ma viene risolto facendo riferimento agli aspetti funzionali dei poteri di autotutela, perché essi non mirano «alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato» ma «a soddisfare un interesse concreto e immediato dell'amministrazione» (BENVENUTI, voce “Autotutela (dir. amm.)”, cit., p. 544). A suffragio della prima tesi sono stati adottati il fatto che l'emanazione del provvedimento di secondo grado spetta all'organo che risulta competente all'adozione del provvedimento sui cui effetti si vuole intervenire indipendentemente dalla circostanza che l'atto sia stato adottato da tale organo, per cui, in caso di spostamento della rispettiva competenza ad altro organo, anche la competenza ad adottare il provvedimento di secondo grado si trasferisce; o la circostanza che gli atti di autotutela possono essere adottati anche dall'organo gerarchicamente superiore a quello che ha adottato il provvedimento di primo grado, la cui competenza include quella del primo. Per l'opposta tesi si fanno valere esigenze di ordinato svolgimento della funzione amministrativa, perché il potere di provvedere in via esclusiva su determinati affari comprende necessariamente e coerentemente anche quello dell'adozione del *contrarius actus*, come misura di salvaguarda della riserva di competenza. Infatti, qualora codesto potere fosse esercitato da organo diverso sarebbe quest'ultimo e non l'organo di competenza primaria ad avere l'effettiva disponibilità della materia, venendosi a creare nel tempo stesso una concorrenza di poteri che sarebbe foriera soltanto di disordine amministrativo. Oltre a ciò, a favore di essa sembrerebbero deporre anche le modifiche apportate dalla l. n. 80 del 2005 alla l. n. 241 del 1990, non modificate sotto questo aspetto dal d.lgs. n. 69 del 2009. Se, da un lato, infatti, nell'art. 19, 3° co., relativo alla dichiarazione di inizio attività, è stata inserita la previsione secondo cui «è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies», dall'altro, nell'art. 20, 3° co., relativo al silenzio-assenso, è stata inserita la previsione secondo cui «nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies». Tanto per la revoca quanto per l'annullamento d'ufficio, quindi, il legislatore sembrerebbe aderire a quella concezione che configura l'autotutela non come il residuo storico di un privilegio dell'amministrazione ma come un potere normativamente attribuito e strettamente connesso a quello di amministrazione attiva. Peraltro, di tale inciso è possibile anche un'interpretazione meno “ideologizzante”, nel senso che, lungi dal comportare un qualche riconoscimento del fondamento del potere di riesame, con il richiamo agli artt. 21-quinquies e 21-nonies nell'art. 19 il legislatore non avrebbe fatto altro che adeguarsi al lessico corrente che riconduce l'annullamento e la revoca alla c.d. autotutela(...).”

particolare, sulle condizioni e limiti di esercizio di detti poteri, non tanto sul *nomen iuris*⁹⁸.

Peraltro, la predisposizione normativa di tali istituti consente di fugare, almeno con riferimento alle ipotesi più rilevanti, i dubbi sopra citati in ordine alla violazione del principio di legalità, data oggi la sussistenza di una chiara base normativa che legittima la p.a. all'esercizio del potere di riesame⁹⁹.

Tutto ciò premesso, nell'analisi che segue degli istituti in discorso, la scelta metodologica per cui si è optato, è sostanzialmente bifasica, essendo apparso opportuno dapprima analizzare la disciplina positiva dell'annullamento d'ufficio, revoca e recesso dagli accordi *ex art. 11 l. 241/1990* (parr. 1.1, 1.2, 1.3.), procedendo poi ad esaminare il diritto vivente, formatosi, anche su tali basi normative che nel tempo sono andate arricchendosi, in ordine all'ampiezza della tutela del legittimo affidamento di fronte all'esercizio del potere amministrativo (parr. 2 e, in chiave prettamente casistica, 3).

1.1 L'annullamento d'ufficio.

Il potere di autoannullare un proprio precedente atto da parte della pubblica amministrazione, ha, come detto, trovato una prima base normativa solo nel 2005, con la legge n. 15, che ha inserito nel *corpus* della legge generale sul procedimento, l'art. 21 *nonies*, il quale, nella sua formulazione originaria, disponeva che “il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell' articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.”

Non dovendosi in questa sede esaminare il potere di annullamento d'ufficio nel suo complesso, tema che consentirebbe e necessiterebbe di una trattazione autonoma, preme porre in evidenza allora quale incidenza abbia – e

⁹⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 717, in www.giustizia-amministrativa.it, che esclude che il legislatore abbia voluto prendere posizione sulla natura del potere di riesame.

⁹⁹ Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1240.

abbia avuto – il legittimo affidamento del privato nell'individuazione da parte del legislatore di limiti all'esercizio del potere¹⁰⁰.

Come noto infatti, l'annullamento d'ufficio opera retroattivamente, andando a travolgere l'atto posto in essere originariamente e i suoi effetti, stante la sua invalidità genetica, che lo vizia sin *ab origine*. Poste perciò le relevantissime conseguenze che derivano dall'adozione di un atto di autoannullamento da parte della p.a., la legge del 2005 ha introdotto alcuni limiti al suo esercizio.

Essi, in particolare, rappresentano la prima forma di tutela che il legislatore appronta per l'affidamento che il destinatario potesse aver maturato sulla stabilità dell'atto originario.

Sono due gli aspetti della norma citata che appaiono di interesse ai nostri fini: la necessità che sussistano attuali esigenze di pubblico interesse all'annullamento dell'atto illegittimo; il dovere dell'amministrazione di bilanciare tali esigenze con gli interessi dei privati coinvolti nella vicenda, in considerazione dello iato temporale intercorso tra l'adozione del provvedimento originario e del provvedimento di annullamento.

Quanto al primo profilo, esso, a ben vedere, non coinvolge direttamente l'affidamento maturato dal privato nella stabilità dell'atto, seppur innegabile è la sua rilevanza indiretta.

Sul punto, ci si può limitare a sottolineare come il legislatore del 2005 abbia recepito l'orientamento giurisprudenziale, già maturato in seno al Consiglio di Stato - come anticipato, la norma non ha introdotto il potere di autoannullamento, da sempre considerato proprio della p.a.) - per il quale la illegittimità del primo provvedimento, pur costituendo il necessario presupposto per l'annullamento, non può di per sé solo considerarsi sufficiente,

¹⁰⁰ Sull'annullamento d'ufficio V., in chiave tradizionale, tra gli altri, G. CORAGGIO, voce *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 4 ss.; S. ROMANO, voce *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, pp. 642 ss.; G. GHETTI, voce *L'annullamento dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, pp. 265 ss. Recentemente, V. M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F. G. SCOCA, a cura di, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 337 ss., nonché S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015.

essendo altresì necessario che sussista un interesse pubblico concreto ed attuale alla caducazione dell'atto illegittimo¹⁰¹.

Direttamente ispirato alla tutela dell'affidamento del privato è, invece, il limite all'autoannullamento costituito dalla necessità di tenere conto dell'interesse dei destinatari in relazione al tempo trascorso dall'adozione del provvedimento genetico.

Ora, il legislatore del 2005, aveva optato per l'individuazione di un termine di bilanciamento elastico, definendo il tempo entro cui potesse essere annullato l'atto come "*ragionevole*". In altri termini, la legge ha disposto che l'amministrazione prima ed, eventualmente, in sede di impugnazione, il giudice amministrativo poi, verificano *case by case* la ragionevolezza del termine intercorso tra i due atti, al quale è evidentemente correlato un onere motivazionale gravante sull'amministrazione¹⁰².

In dottrina, si è acutamente osservato che questa scelta legislativa individua "il tempo come fattore di condizionamento piuttosto che di preclusione del potere". E, perciò, "il tempo, piuttosto che vivere di vita

¹⁰¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 2003, n. 1150; con particolare pregio esplicativo, immediatamente dopo l'introduzione dell'art. 21 *nonies* L. 241/1990, Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 564, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si legge che "L'annullamento in via di autotutela di un atto amministrativo adottato dopo un certo lasso di tempo dalla data di adozione dell'atto da ritirare non può fondarsi sulla mera esigenza di ripristino della legalità, ma deve dare conto, nella motivazione, della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto, atteso che l'esercizio dello *jus poenitendi* da parte dell'amministrazione incontra un limite (insuperabile) nell'esigenza di salvaguardare le situazioni di soggetti privati che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, hanno acquisito il consolidamento di posizioni di vantaggio loro attribuite da questo. Il decorso di un lasso temporale di diversi anni dall'adozione dell'atto rimosso, senza che l'amministrazione abbia apprezzato l'esistenza di un interesse pubblico attuale alla sua eliminazione, determina l'illegittimità dell'annullamento d'ufficio. Il principio secondo cui l'annullamento d'ufficio deve indicare le ragioni di pubblico interesse, comparando quest'ultimo con l'affidamento del privato, è stato, da ultimo, tradotto e declinato in diritto positivo dalla legge 11.2.2005, n. 15, là dove, in particolare, introducendo l'art. 21-*nonies* nella legge 7.8.1990, n. 241, ha disciplinato l'annullamento d'ufficio di atti illegittimi, stabilendo, quali condizioni di legalità dell'esercizio del relativo potere, proprio la necessità che l'atto di autotutela sia sorretto dal rilievo della sussistenza di ragioni di interesse pubblico alla rimozione del provvedimento viziato, che venga adottato entro un termine ragionevole e che tenga conto degli interessi dei soggetti privati coinvolti (destinatari ed eventuali controinteressati)."

¹⁰² Sull'obbligo di motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'annullamento d'ufficio V., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026; Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2013, n. 1605; Cons. Stato, Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

solitaria, ballando da solo, confluisce in una *one step analysis* mercé la quale la p.a. penetra, insieme, il fattore cronologico ed il profilo comparativo.”¹⁰³

Come forse noto, il testo definitivo approvato dal Parlamento, che ha adottato questa scelta della *one step analysis*, non coincide, sul punto, con quello inizialmente approvato dal Senato il 10 aprile 2003, il quale prevedeva che “il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’art. 21 *sexies* può essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico attuale ed entro un termine ragionevole, comunque non superiore a due anni dalla sua efficacia, dall’organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge”.

Senza poter svolgere in questa sede valutazioni comparate troppo profonde, è il caso di rilevare come il progetto di riforma fosse forse ispirato dalle previsioni contenute in articolati normativi di altri paesi europei. E, in particolare, dal sistema francese, nel quale l’autoannullamento può essere posto in essere dalla p.a. entro il termine di 4 mesi dalla adozione dell’atto¹⁰⁴.

Rispetto alla previsione di un termine fisso, è apparsa da subito particolarmente critica la dottrina, che ha salutato con favore la scelta definitiva del legislatore. Per ragioni che forse già il lettore intuisce, merita sottolineare quali critiche sono state avanzate avverso tale modello.

In tal senso, oltre alla incongruità dell’individuazione di un termine unico valevole per tutti i provvedimenti, si è evidenziata la difficoltà di individuare il

¹⁰³ Così F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc.2, 2008, pag. 425, ove l’A. chiarisce ulteriormente che “in parole più povere il decorso del tempo consolida progressivamente l’affidamento e rende in proporzione necessario, al fine di giustificarne la *frustration*, l’emersione di un interesse pubblico correlativamente più spesso(...)Questa visione, che esclude l’attribuzione all’affidamento del ruolo di fattore astrattamente ostativo, sembra confortata dall’indagine sui casi in cui la giurisprudenza comunitaria (da ultimo Corte giust. 18 luglio 2007) non solo facultizza l’autotutela nonostante l’affidamento ma addirittura impone l’autotutela a dispetto dell’affidamento. Ciò accade in particolare ove si tratti di recuperare aiuti di Stato concessi allegramente dallo Stato membro in spregio ai presupposti sostanziali e procedurali dipinti dagli artt. 87 e seg. del Trattato. Ebbene, in tali evenienze, la Corte, che pure mette l’accento sull’intrinseca illegittimità soggettiva di un affidamento in ordine ad un aiuto percepito senza il rispetto delle procedure all’uopo coniate dalla normativa europea, non dubita circa l’obbligo del recupero anche nel caso in cui affiorino *legittimate expectations*.”

¹⁰⁴ In tema V. A. CASSATELLA, *L’annullamento d’ufficio, Modelli in comparazione*, in *Diritto & Formazione*, 2004, pp. 66 ss.

dies a quo dal quale far decorrere il termine fisso, spirato il quale non potesse più essere esercitato il potere di autoannullamento. Volendo esemplificare, sarebbe stato discutibile se il termine fosse dovuto decorrere dall'adozione formale di un provvedimento abilitativo edilizio, ovvero dalla sua concreta incisione sulla situazione di fatto (inizio o, addirittura, conclusione dei lavori)¹⁰⁵.

Né, in senso favorevole, è stato possibile spendere l'argomento comparato, in specie quello francese, considerando che l'ordinamento transalpino ha posto un termine per l'esercizio del potere di annullamento da parte della p.a. pari a quello per l'impugnativa giurisdizionale, con ciò rendendo coerente il sistema, laddove la evidente discrasia tra il termine biennale e quello di 60 giorni per l'impugnazione giurisdizionale avrebbe comportato illogici trattamenti eguali per situazioni differenti¹⁰⁶.

Nondimeno, si è evidenziato che la predisposizione di un termine fisso preclusivo all'annullamento, che prescindesse dall'effettivo affidamento maturato dal privato, risultasse in realtà privo di *ratio* giustificativa, che avrebbe portato a favorire situazioni financo di mala fede o colpa, per non dire, dolo, del privato¹⁰⁷.

La tesi della apposizione di un termine fisso all'esercizio del potere di autoannullamento, aveva comunque trovato ingresso nel nostro ordinamento già prima della approvazione della L. 15/2005. In particolare, l'art. 1, comma

¹⁰⁵ V. R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole, cit.*, p. 377: "La prima soluzione appariva eccessivamente formalistica, considerando che la *ratio* della norma è nella tutela dell'affidamento e che di affidamento si può parlare non già al momento dell'adozione del provvedimento bensì, al più dal momento in cui ha concretamente efficacia, dando luogo ad una situazione di fatto consolidata. Ma nemmeno persuade la seconda soluzione, posto che è impossibile determinare con certezza il momento in cui sorge l'affidamento".

¹⁰⁶ ID., *op. ult. cit.*, p. 378: "è evidente allora la necessità di distinguere il trattamento delle ipotesi in cui il provvedimento originario sia viziato da gravi illegittimità, che ledono significativamente l'interesse pubblico, e provvedimenti che invece non vi incidono apprezzabilmente, perché è inaccettabile che, una volta decorsi due anni, divenga intangibile da parte della p.a. un provvedimento che contenga una macroscopica illegittimità".

¹⁰⁷ *Ibidem*: "e non v'è chi non veda come per questa via si finisce, paradossalmente, per tutelare l'affidamento del privato a trarre il frutto del proprio illecito, come sarebbe nel caso di un professionista che sia stato (almeno) in colpa nel verificare – come gli impongono i parametri della diligenza professionale – i presupposti per il rilascio della concessione edilizia. Si rischiava cos' di consolidare affidamenti immeritevoli, o – peggio – premiare comportamenti maliziosi o fraudolenti."

136, l. 311 del 2004 (legge finanziaria per il 2005), prevedeva che al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, potesse sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, quindi ritendendo sostanzialmente sussistente un interesse pubblico *in re ipsa*, ma comunque non oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione fosse perdurante¹⁰⁸.

La dottrina sopra richiamata, non aveva, anche in siffatta ipotesi, mancato di sottolineare l'incongruità dell'apposizione di un termine fisso all'esercizio di tale potere di autoannullamento, tanto con riferimento al *dies a quo*, quanto alla impossibilità di considerare la diversità della fattispecie che di volta in volta fossero venute in considerazione, nonché l'eventuale mala fede del privato¹⁰⁹.

Sul punto, ancor di più alla luce delle considerazioni dottrinali che si sono sin qui esposte, assume un notevole peso l'intervento novellatore dell'art. 21 *nonies* l. 241/1990, operato dall'art. 6 della Legge n. 124 del 2015 (c.d. Madia), che, nell'abrogare l'art. 1, comma 136, l. 311 del 2004, eliminando così un'ipotesi di annullamento "doveroso", ha disposto che, in via generale, il termine ragionevole entro cui poter annullare d'ufficio un provvedimento amministrativo, non possa essere, per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici, superiore a 18 mesi.

Si deve subito evidenziare che il legislatore si è fatto carico di arginare una delle critiche prospettate alla previsione di un termine fisso preclusivo dell'annullamento, in particolare quella che evidenziava il rischio di favorire comportamenti fraudolenti dei privati.

¹⁰⁸ Sul punto V. Cons. Stato, Sez. V., 14 maggio 2013, n. 2602, in *Rivista Neldiritto*, 2013, 6, pp. 1145, con nota di A. AULETTA, *Sulla tutela dell'affidamento a fronte dell'esercizio del potere di autotutela ex art. 1, comma 136 della l. 311 del 2004*, ove si chiarisce come l'interesse pubblico a non procedere ad illegittime attribuzioni di denaro prevalga sull'aspettativa dei potenziali destinatari ad ottenere un beneficio illegittimo, alla luce dell'espresso disposto della norma in parola.

¹⁰⁹ V. R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole*, cit., p. 427-428.

A tal fine infatti, è stato introdotto, nell'art. 21 *nonies*, il comma 2 *bis*, che dispone che “i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445”.

Ora, rispetto a tale ultimo profilo, in dottrina, si è peraltro rilevato che il richiamo alle sentenze passate in giudicato potrebbe, come era auspicabile, condurre a una chiara delimitazione dei rapporti tra valutazioni penalistiche e amministrativistiche, posto che la sola apertura di indagini giudiziarie o pendenza del processo penale, non può di per sé giustificare l'intervento in autotutela della p.a.¹¹⁰.

La medesima dottrina, che si è fatta carico di una prima interpretazione della novella, ha rilevato altresì come “l'introduzione di un limite temporale di diciotto mesi (senza distinzione tra le norme violate) lasci troppo facilmente recedere anche interessi primari come l'ambiente, la sicurezza, la salute, la difesa, la tutela del patrimonio culturale, che, tradizionalmente, erano stati considerati tendenzialmente prevalenti rispetto all'affidamento imprenditoriale”¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, n. 17/2015, p. 9, ove l'A., nel richiamare anche la pronuncia di Cons. St., V, 27 aprile 2015, n. 2074, sottolinea il ruolo centrale della “posizione che assumeranno i giudici penali, che, verosimilmente (ancorché criticabilmente), continueranno a non tener conto (disapplicare) le autorizzazioni che ritengono illegittimamente rilasciate, valutando la condotta sulla base della sua conformità o meno al quadro normativo vigente, a prescindere dalla sussistenza o meno del titolo (si pensi, per tutti, all'interpretazione che sarà data al termine “abusivamente” nella nuova disciplina degli ecoreati)”.

¹¹¹ Così M.A. SANDULLI, voce *Autotutela*, in *Enc. Treccani, Libro dell'anno del diritto*, 2016, in www.treccani.it, che, *de jure condendo*, evidenzia che “gli eccessi, si sa, non sono mai opportuni e sarebbe perciò auspicabile un intervento correttivo sul nuovo art. 21 *nonies* (da effettuare, per le già rimarcate esigenze di garanzia di certezza del diritto e di stabilità delle posizioni giuridiche, con la massima sollecitudine), introducendo, quanto meno, un termine più ampio (magari raddoppiato) per l'autotutela su atti lesivi dei suddetti interessi.”

Con l'introduzione di tale termine fisso, sembra essersi perciò giunti ad aderire a quella corrente ermeneutica, che la dottrina di cui sopra, tempo addietro, definì di “*two step analysis*”, “ossia in funzione di una valutazione disaggregata del rispetto del tempo e dello scrutinio comparativo degli interessi”¹¹².

1.2 La revoca.

Il potere di revoca, come quello di autoannullamento, è stato per la prima volta oggetto di specifica disciplina con l'art. 21 *quinques* della L. 241 del 1990, così come introdotto dalla legge 15/2005, varie volte novellata.

Anche per tale norma, un'analisi diacronica appare opportuna, proprio alla luce della crescente considerazione che la tutela dell'affidamento ha avuto per effetto dei mutamenti normativi che hanno interessato la disposizione in discorso.

Il testo originario dell'art. 21 *quinques* disponeva infatti che “per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.”

Non essendo questa, come in precedenza, la sede per analizzare *funditus* il potere di revoca, ci si limita a sottolinearne alcune differenze rilevanti, anche

¹¹² F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia, cit.*, che chiarisce che “ne discende che il decorso del tempo ragionevole con il superamento della relativa *dead line*, strangola il potere di autotutela senza che sia necessario procedere alla verifica della sussistenza di un interesse pubblico tale da giustificare la recisione del *vertrauensschutz*; verifica alla quale per converso si accede nel solo caso in cui la p.a. sia ancora in termini.”

ai nostri fini, con l'annullamento d'ufficio, evidenziando poi le scelte legislative in tema di tutela dell'affidamento nell'ambito di questo istituto¹¹³.

Ora, come noto e come emerge dal testo di legge, il nostro ordinamento ha accolto la tesi che distingue l'annullamento d'ufficio e la revoca sulla base della diversità dei presupposti in presenza dei quali può e deve essere esercitato l'uno o l'altro potere di c.d. secondo grado.

In tal senso, se presupposto per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio è l'illegittimità del provvedimento originario, presupposto della revoca è invece una nuova valutazione della situazione giustificativa dell'emissione del primo provvedimento, una incompatibilità tra gli effetti del provvedimento genetico e l'interesse pubblico che l'amministrazione deve curare¹¹⁴.

Ne deriva, come primigenia conseguenza, che la revoca, a differenza dell'annullamento, non produce effetti *ex tunc*, bensì paralizza pro futuro la produzione di ulteriori effetti del provvedimento revocato. Per dirla con tradizionali parole, la revoca incide sul rapporto e non sull'atto, prescindendo perciò dalla sussistenza di un vizio che infici la legittimità del provvedimento, evidenziandosi, nella presente ipotesi, profili di inopportunità del mantenimento in essere dello stesso¹¹⁵.

Poste tali brevi premesse, può allora scrutinarsi quale ruolo abbia svolto fino ad oggi il legittimo affidamento nel guidare il legislatore che si è occupato, negli anni, di disciplinare il potere di revoca.

Un prima modifica di interesse ai nostri fini è quella intervenuta con il D.L. n. 7 del 2007, poi convertito con modificazioni nella legge n. 40 del 2007, che ha inserito il comma 1 *bis* nel predetto articolo 21 *quinques*, il quale dispone che “ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o

¹¹³ In tema di studi tradizionali sulla revoca del provvedimento amministrativo V., tra i tanti, R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; ID., *Revoca (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 176, pp. 804 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, II, Milano, 2001, pp. 136 ss.; S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi struttura e limiti: linee dell'evoluzione con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, pp. 628 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 497 ss..

¹¹⁴ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2015, p. 1528.

¹¹⁵ Cfr. R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, cit., p. 34.

istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.”

Da ultimo, il legislatore è intervenuto nuovamente con il D.L. 133 del 2014 c.d. Sblocca Italia, convertito con modificazioni nella legge n. 164 del 2014, che ha interpolato il primo comma dell'art. 21 *quinques*, prevedendo che la revoca possa essere disposta, oltre che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, per mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, nonché, per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, escludendo che essa possa essere disposta per rivalutazione dell'interesse pubblico originario.

Da tali basi normative, emerge come l'affidamento del privato sulla stabilità (degli effetti) dell'originario provvedimento incida in due diverse direzioni: da un lato, con la novella del 2014, è stato limitato lo spettro dei presupposti sulla cui base è possibile revocare il provvedimento; dall'altro, l'eventuale pregiudizio sofferto dal privato, e, segnatamente, dal suo affidamento, per effetto della revoca, deve essere indennizzato dalla p.a. in forma monetaria.

Quanto al primo profilo, il legislatore è intervenuto nel limitare i “ripensamenti” della p.a., in primo luogo, ritenendo rilevanti i soli mutamenti di fatto che non fossero prevedibili all'atto di adottare il primo provvedimento; *in secundis*, intervenendo sulla più discussa ipotesi di revoca, quella per rivalutazione dell'interesse pubblico originario, escludendola in radice per le ipotesi in cui il provvedimento genetico fosse di carattere autorizzatorio o attributivo di vantaggio economico.

Questa ipotesi, che la dottrina ha tradizionalmente definito come revoca *jus poenitendi*, era stata codificata in accoglimento della tesi più estensiva,

volta a ricomprendere, accanto alla revoca per c.d. sopravvenienze, anche, appunto, l'ipotesi di revoca per rivalutazione¹¹⁶.

In ordine a quest'ultima tuttavia, non sono mancate le critiche, poiché, secondo autorevole dottrina, “è incompatibile con un ordinamento che annovera tra i suoi principi fondamentali l'affidamento del cittadino, ivi compresa la fiducia che un certo assetto dal provvedimento amministrativo abbia una certa stabilità”¹¹⁷.

Ora, la ragione posta a fondamento delle critiche a detta ipotesi e il conseguente, seppur non immediato, intervento del legislatore, chiariscono, a nostro avviso, come il principio del legittimo affidamento abbia fatto da “guida” nell'adeguare la disciplina della revoca alle esigenze di tutela dei privati, in particolare operatori economici, che avessero fatto affidamento sulla stabilità dell'originario provvedimento amministrativo nello svolgimento della loro attività¹¹⁸.

Venendo al secondo profilo, esso è certamente il principale strumento che la legge ha scelto di approntare a tutela del legittimo affidamento del privato in caso di revoca del provvedimento originario.

La forma di tutela del legittimo affidamento del privato è identificata, a differenza che nell'art. 21 *nonies*, da un obbligo di indennizzo gravante sulla p.a.; un ristoro perciò a carattere economico per il pregiudizio che l'affidamento del privato subisce per effetto dell'esercizio del potere di autotutela.

La *ratio* di tale scelta, come evidenziato in dottrina, risiede nella differenza di presupposti che giustificano le due ipotesi di autotutela: invero,

¹¹⁶ Cfr. S. FANTINI, *Art. 21-quinquies, l. n. 241/1990*, in A. BARTOLINI-S. FANTINI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010. Secondo l'A., il legislatore ha dunque recepito una nozione ampia di revoca, non solo collegata alle sopravvenienze, costituenti il fondamento di razionalità del potere di revoca, in quanto applicazione della teoria del fatto sopravvenuto, ma anche basata su di un ripensamento-pentimento dell'amministrazione, certamente più problematica e meno agevolmente “compatibilizzabile” con l'affidamento sulla stabilità delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dall'atto revocato.

¹¹⁷ Così G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008, p. 308

¹¹⁸ Identifica la *ratio* della novella nella “particolare intensità dell'affidamento del privato” anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, p. 1529.

nella revoca, non si interviene in ragione di un provvedimento *ab origine* viziato da illegittimità, bensì si tratta di nuove valutazioni di opportunità, che consentono sempre alla p.a. di revocare il proprio precedente provvedimento, salvo, appunto, l'obbligo di indennizzo¹¹⁹.

È affermazione ricorrente perciò, quella in forza della quale la tutela dell'affidamento sia più pregnante nell'ambito dell'annullamento d'ufficio rispetto a quello della revoca, poiché, nel primo caso, il decorso del termine ragionevole, oggi addirittura non superiore a 18 mesi, impedisce alla p.a. di esercitare il potere di autoannullamento, pena l'illegittimità del provvedimento di secondo grado per violazione di legge (o eccesso di potere); nell'ipotesi della revoca, al contrario, l'interesse del privato destinatario non potrà mai risultare ostativo all'esercizio del potere di riesame, dovendo questo soltanto essere indennizzato economicamente¹²⁰.

E tuttavia, recentissima dottrina revoca in dubbio tale assunto, evidenziando, in primo luogo, come la previsione di un obbligo di indennizzo a carico della p.a., determina che la revoca divenga un costo, del quale l'amministrazione deve tenere conto, valutando, in ossequio al principio di economicità dell'azione amministrativa, che non si possano adottare soluzioni alternative, determinando così a carico della p.a. una valutazione dell'interesse del privato anche nell'*an* dell'adozione del provvedimento di revoca. Di tal che, ne deriverebbe una minore tutela dell'affidamento nell'annullamento d'ufficio, nella quale ipotesi il privato non potrà comunque contare neppure sul ristoro economico dell'indennizzo¹²¹.

¹¹⁹ Cfr. R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole*, cit., p. 381.

¹²⁰ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1530; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1256.

¹²¹ Cfr. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 78, che afferma che "quello che tuttavia appare essenziale è come la norma, prevedendo l'obbligo di indennizzo, abbia trasformato l'affidamento del privato in un "peso specifico", di carattere economico, da ponderare in sede di bilanciamento dei vari interessi sottesi alla scelta di revoca. Tale obbligo ha infatti dato valore ad un bilanciamento dapprima solo implicito, facendo sì che la revoca sia considerata un costo e dunque sia una strada da intraprendere solo se non vi sono soluzioni alternative, dal minor aggravio per i controinteressati(...)" e prosegue, in tema di annullamento d'ufficio, spiegando che "da ultimo appare evidente come il mancato riferimento all'indennizzo denoti una generale minore considerazione dell'affidamento maturata nella sede dell'annullamento piuttosto che in quella

Tale ultima prospettazione, tuttavia, non appare condivisibile.

In senso contrario, vale affermare che il dato normativo costituito dall'art. 21 *quinques*, ancorché interpretabile alla luce della più recente dottrina, continuerebbe a far permanere in capo alla p.a. un potere di scelta, che non appare sindacabile dal giudice amministrativo, se non per macroscopici profili di eccesso di potere, non agevolmente prevedibili, circa la possibilità di adottare egualmente il provvedimento di revoca, anche a distanza di lungo tempo dall'adozione dell'originario provvedimento, eventualmente corrispondendo un indennizzo più elevato in termini quantitativi al privato il cui affidamento sia stato leso¹²².

D'altronde, appare a chi scrive una eccessiva forzatura del dato letterale delle due norme in discorso, quella in forza della quale il parametro temporale e dell'interesse connesso del destinatario rientri tra i parametri di legittimità anche del provvedimento di revoca, laddove il legislatore, quando lo ha voluto considerare, lo ha espressamente previsto. In altre parole, per quanto l'interpretazione sistematica e teleologica possa condurre il giurista ad interpretare il testo normativo, nel caso di specie non può né deve altresì

della revoca, convinzione che matura dalla circostanza che solo in questo secondo caso il provvedimento è perfettamente legittimo mentre, come già ricordato, nel caso dell'annullamento d'ufficio il privato beneficia di un provvedimento che è illegittimo fin dalla sua origine”.

¹²² Invero, già la dottrina che ritiene maggiormente pregnante la tutela dell'affidamento nella fattispecie dell'annullamento d'ufficio piuttosto che in quella della revoca, ha condiviso un peso particolare alla posizione del privato nella scelta che l'amministrazione deve operare sull'*an* della revoca. E tuttavia ciò non è apparso sufficiente a considerare la tutela dell'affidamento maggiormente incisiva in questa seconda ipotesi. Cfr., in particolare, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1256, ove si legge che “va però rilevato che, in concreto, la valutazione dell'interesse privato rientra in quell'attività di comparazione degli interessi che deve presiedere all'adozione del provvedimento di revoca. Pertanto, l'amministrazione dovrà specificamente rendere ragione delle motivazioni che l'hanno indotta a revocare un provvedimento pur in presenza di un consolidato interesse del privato destinatario del provvedimento. In tal senso, la distanza tra le forme di tutela dell'affidamento nei due istituti sembra assottigliarsi(...)tuttavia, a differenza di quanto previsto per l'ipotesi di annullamento d'ufficio, [nella revoca] la P.A. si giova della possibilità di scegliere se adottare il provvedimento di revoca, facendo rifluire sull'indennizzo le valutazioni relative all'affidamento “tradito”, o al contrario, ritenere il consolidamento dell'interesse del privato prevalente rispetto all'interesse pubblico e desistere dall'intento di revocare il provvedimento”.

ignorarsi il parametro di interpretazione letterale e quello riassunto dal brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*¹²³.

Ancor di più, in considerazione della rinvenibilità di una *ratio* chiara, sopra descritta, nella scelta legislativa di diversa considerazione dell'affidamento tra annullamento d'ufficio e revoca.

Venendo ora alla concreta portata della tutela dell'affidamento nella revoca alla luce dell'art. 21 *quinques*, particolarmente interessante si palesa la determinazione del *quantum* dell'indennizzo dovuto al privato in caso di pregiudizio subito per effetto del provvedimento di revoca.

Riservando ad un momento successivo le considerazioni inerenti il ruolo della giurisprudenza nella determinazione del ristoro economico in diverse fattispecie applicative, si devono ora svolgere, con la migliore dottrina, alcune considerazioni generali e astratte sulla misura dell'indennizzo.

Prima dell'intervento novellatore del 2007, il legislatore non aveva disposto alcunché in ordine alla quantificazione dell'indennizzo da corrisponderci in caso di revoca di un precedente provvedimento.

Occorre altresì premettere che, nel nostro ordinamento, nonostante isolate voci dottrinali di segno contrario¹²⁴, il ristoro patrimoniale di carattere indennitario può trovare applicazione nelle sole ipotesi espressamente previste dalla legge, non avendo esso portata generale, ed essendo al contrario soggetto al principio di tipicità.

Ciò premesso, in ordine alla quantificazione dell'indennizzo per il caso di cui all'art. 21 *quinques*, ante 2007, erano emersi due orientamenti.

Secondo una prima impostazione, se è pur vero che per la determinazione dell'indennizzo la legge può prevedere un ristoro soltanto parziale del pregiudizio sofferto dal danneggiato, in assenza di tale esplicita scelta legislativa, allora anche per l'indennizzo sarebbe dovuta valere la regola

¹²³ Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 144 ss.; sul tema dell'interpretazione si V., *ex multis*, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990.

¹²⁴ Cfr. A. CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 7, p. 1688.

dell'integrale riparazione del pregiudizio, ricomprendendo sia il danno emergente, che il lucro cessante.

Una seconda impostazione, largamente maggioritaria, al contrario, riteneva che l'indennizzo potesse coprire unicamente il danno emergente.

Ciò sulla base della tradizionale distinzione tra l'istituto dell'indennizzo e quello del risarcimento del danno¹²⁵.

A livello generale infatti, il risarcimento del danno, atipico ai sensi dell'art. 2043 c.c., il cui *quantum* va a determinarsi secondo i canoni dell'art. 1223 c.c., presuppone un fatto illecito idoneo a determinare un danno nella sfera giuridica del destinatario del fatto. Ne consegue che, essendo dall'ordinamento riprovato il comportamento causativo del pregiudizio, colui che l'ha posto in essere è tenuto a ristorare integralmente il danneggiato di tutte le sue eventuali perdite, tanto sul piano della diminuzione del proprio patrimonio (c.d. danno emergente), quanto su quello del mancato guadagno (c.d. lucro cessante)¹²⁶.

Al contrario, l'indennizzo è strumento volto a regolamentare le fattispecie di c.d. atto lecito dannoso. In altre parole, il danneggiante pone in essere un comportamento autorizzato dall'ordinamento, e che tuttavia risulta essere fonte di un pregiudizio per un altro soggetto. Verrebbe a mancare, perciò, il requisito della c.d. doppia ingiustizia, di cui all'art. 2043 c.c., necessario per riconoscere il risarcimento del danno: pur essendo infatti il danno *contra ius*, poiché lesivo di una situazione giuridica soggettiva ritenuta

¹²⁵ Sul tema dell'indennizzo nel diritto amministrativo, V., tra i principali contributi dottrinali, G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica Amministrazione*, Milano, 1912; A.M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, I-61, pp. 938 e ss.; R. ALESSI, *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, pp. 625 ss.; E. SCOTTI, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012.

¹²⁶ In ordine al principio di integralità della riparazione del danno V., *ex multis*, F. MASTROPAOLO, voce *Danno – III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988; G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1984, IX, p. 203 ss.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, Rimedi – 2, Milano, 2006, p. 876 ss.

meritevole dall'ordinamento, esso sarebbe *iure*, poiché il fatto che tale lesione ha prodotto sarebbe autorizzato dalla legge¹²⁷.

Ecco allora che, pur volendo il legislatore salvaguardare la posizione del danneggiato (tipicità delle ipotesi indennitarie), non sarebbe equo far gravare sul danneggiante, legittimato a porre in essere la condotta, tutte le conseguenze pregiudizievoli sofferte dal destinatario. Ne consegue che un equo bilanciamento tra i due contrapposti interessi si può realizzare mediante la allocazione di solo alcune delle conseguenze dannose della condotta, essendo comunque dall'ordinamento la stessa contemplata e autorizzata. Appare invero irragionevole che siano chiamati a rispondere in eguale misura due danneggianti che abbiano posto in essere l'uno, un atto illecito, l'altro un atto lecito, pur se entrambi idonei a determinare un pregiudizio.

Venendo alle ipotesi di revoca allora, come evidenziato in dottrina, l'adesione alla prima tesi determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra le ipotesi di revoca legittima e quelle di revoca illegittima. Invero, verrebbe a determinarsi una situazione nella quale il danneggiato da un atto di revoca illegittimo, dunque non autorizzato dall'ordinamento, al fine di ottenere un eventuale risarcimento del danno, dovrebbe provare tutti gli elementi dell'illecito aquiliano *ex art. 2043 c.c.*; il danneggiato da un atto di revoca legittimo, al contrario, non sarebbe tenuto ad assolvere detto gravoso onere probatorio, pur potendo conseguire, tuttavia, un integrale ristoro patrimoniale per il pregiudizio sofferto¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, pp. 139 e ss. secondo cui il risarcimento ruota intorno alla ingiustizia del danno, mentre l'indennità presuppone atti e comportamenti leciti e l'assenza di anti giuridicità della condotta eziologicamente produttiva di nocimento, sicché "alla lesione di un interesse tutelato dall'ordinamento non si accompagna la violazione del parametro normativo di riferimento". Cfr. anche M.A. MAZZOLA, *I nuovi danni*, Padova, 2008, p. 129, secondo cui "l'indennizzo risponde ad un evidente intento risarcitorio ma originandosi da un atto non anti giuridico e quindi pretende un trattamento differente rispetto all'illecito aquiliano". Per una diversa impostazione Cfr. P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1067, ad avviso del quale la differenza tra risarcimento del danno e indennizzo si coglie "nel diverso criterio della valutazione del danno conseguente ad un giudizio di valore che l'interprete esprime, ritenendo quell'atto gravemente lesivo di un interesse peculiarmente tutelato dall'ordinamento".

¹²⁸ Cfr. R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole, cit.*, p. 385-386: "In conclusione, appare più lineare, e perciò preferibile, la lettura restrittiva, secondo cui l'indennizzo introdotto

Come anticipato, il legislatore del 2007 ha specificato, con il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*, che, con riferimento alla revoca di provvedimenti che incidano su rapporti negoziali, l'indennizzo è parametrato al solo danno emergente, tenendo conto sia della conoscenza (o conoscibilità) da parte del privato della contrarietà dell'atto revocato all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso del contraente (o di terzi) nell'erronea valutazione in cui era incorsa l'amministrazione.

In primo luogo, occorre subito evidenziare come la norma abbia accolto la tesi sopra esposta che, con chiaro fondamento dogmatico e sistematico, già limitava il *quantum* dell'indennizzo al solo danno emergente.

Conseguentemente, il privato, destinatario di un provvedimento di revoca legittimo, se da esso subisce un pregiudizio, potrà ottenere un indennizzo parametrato alle spese che abbia sostenuto facendo affidamento sulla stabilità del provvedimento poi revocato, restando esclusa da esso una valutazione circa il mancato guadagno che sarebbe potuto derivarne dalla permanenza degli effetti del provvedimento originario.

Tuttavia, la norma si riferisce esplicitamente ai soli casi di revoca di provvedimento amministrativo che incida su rapporti negoziali; di tal che, ci si è domandati quale fosse la sorte dell'indennizzo nel caso di provvedimenti di revoca non rilevanti sul piano negoziale.

In giurisprudenza invero, si è affacciata la tesi per cui, argomentando *a contrario* rispetto al dato letterale della norma in discorso, "la circostanza che il comma 1-*bis* dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/90 sia stato espressamente dettato solo in materia di attività negoziale della P.A. implica che in campo di attività c.d. funzionale, vale a dire in caso di revoca di provvedimenti non incidenti su rapporti negoziali, spetta, a titolo di indennizzo, anche il c.d. lucro cessante, vale a dire il mancato guadagno connesso alla

dalla riforma deve essere limitato al danno emergente; tale interpretazione consente di individuare una più netta linea di demarcazione tra gli effetti di una revoca legittima, espressione del potere di autotutela, e gli effetti di una revoca illegittima che integra invece un illecito della p.a."

cessazione dell'efficacia – naturalmente durevole – del provvedimento revocato.”¹²⁹

Quest'impostazione è tuttavia rimasta minoritaria, essendosi la giurisprudenza dominante attestata, in base alle argomentazioni già esposte, su una posizione volta a determinare il *quantum* dell'indennizzo in ragione del solo danno emergente, escludendosi alcuno spazio per il lucro cessante¹³⁰.

Si segnala infine che quanto ai rapporti tra indennizzo ai sensi dell'art. 21 *quinques* della Legge 241 del 1990 e responsabilità precontrattuale della p.a., essi saranno analizzati nell'apposito paragrafo dedicato a quest'ultima (V. Cap. III, par. 2).

Alla luce di quanto sin qui ricostruito, il legislatore ha quindi demandato la tutela dell'affidamento, in caso di revoca del provvedimento amministrativo, alla corresponsione di un indennizzo, determinato – in via generale, secondo l'impostazione maggiormente condivisibile – sulla base del solo danno

¹²⁹ TAR Sicilia, Palermo, sez. II., 9 luglio 2007, n. 1775, in www.giustizia-amministrativa.it, che giustifica tale conclusione sulla base dell'idea per cui “tanto il risarcimento che l'indennizzo hanno funzione compensativa di un pregiudizio cagionato dal soggetto (pubblico) che vi è tenuto: con l'unica differenza che mentre il primo discende da un atto illecito, il secondo è la conseguenza del c.d. atto lecito dannoso. Nessuna differenza può essere ricavata dalla disciplina delle ipotesi di indennizzo da corrispondersi da parte dell'amministrazione, in punto di natura giuridica dell'indennizzo, e in relazione alla sua quantificazione, come se l'indennizzo dovesse essere un *quid minus* rispetto al risarcimento. In realtà, l'unica differenza risiede nella tecnica di compensazione del pregiudizio: il potere accordato all'amministrazione di sacrificare la posizione soggettiva del privato esclude che quest'ultimo possa essere risarcito in forma specifica (a causa della impossibilità della ricostituzione di tale posizione perché contrastante con l'interesse pubblico), ma non esclude, ed anzi impone, che esso venga soddisfatto attraverso la corresponsione del suo equivalente economico.”

¹³⁰ Cfr., *ex multis*, TAR Sardegna, Sez. I, 29 aprile 2015, 740; Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2014 n. 467; Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. V. anche TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 10 marzo 2015, 820, che ricostruisce chiaramente il sistema rilevando che “dalla revoca del provvedimento amministrativo possono derivare situazioni diverse, cui si riconnettono differenti discipline e conseguenze, potendo delinearci sia l'obbligo dell'Amministrazione all'indennizzo, ex art. 21- *quinques* l. n. 241/1990, per il caso di revoca del provvedimento amministrativo che determini pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, sia obblighi risarcitori a carico della medesima Amministrazione quando la revoca si riveli illegittima; peraltro la misura dell'indennizzo, per il caso di revoca legittima, è stata commisurata dallo stesso legislatore “al solo danno emergente”, e tenendo conto “sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”. Pertanto, il pregiudizio indennizzabile è limitato al pregiudizio immediatamente subito, (danno emergente), mentre nel giudizio risarcitorio esso si estende a tutto il pregiudizio (danno emergente e lucro cessante).”

emergente. Tuttavia, come anticipato, la novella del 2007 ha individuato due ulteriori parametri sulla cui base meglio determinare, nel concreto, l'ammontare dell'indennizzo.

In ordine al parametro della conoscenza o conoscibilità da parte del privato della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico, la *ratio* di tale riferimento appare, a chi scrive, chiaramente riconducibile proprio alla tutela dell'affidamento. Invero, non di affidamento frustrato e meritevole potrà parlarsi, se il privato conosceva – o poteva conoscere, usando l'ordinaria diligenza – la circostanza per cui l'atto si poneva in contrasto con l'interesse pubblico. Sul punto, sostanzialmente, il legislatore ritiene di dover esplicitare la necessità di considerare l'elemento soggettivo sussistente in capo al privato, il che, come si vedrà nel prosieguo, costituisce uno dei tre elementi cardine su cui è costruita la tutela concreta del legittimo affidamento, anche in chiave comunitaria (V. par. 2).

Se quindi, in astratto, appare condivisibile la limitazione – o, eventualmente, esclusione – dell'indennizzo nei casi di conoscenza o conoscibilità della contrarietà all'interesse pubblico dell'atto revocato, molto meno agevole, come rilevato in dottrina, appare la dimostrazione, in concreto, di detta conoscibilità da parte del privato.

La conformità di una determinata scelta all'interesse pubblico è la caratteristica tipica dell'attività amministrativa, costituendo quel merito, che anche il giudice amministrativo non può sindacare¹³¹.

Meno problematico è invece il riferimento al concorso del privato nell'erronea valutazione compiuta dalla p.a. La norma sembra infatti evocare il

¹³¹ La pregevole critica si deve ancora a R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole*, cit., p. 389 e ss., che chiariscono ulteriormente che “ipotizzare, come fa la norma, che il privato possa conoscere il vizio di merito che affligge l'atto revocato, significa ammettere che anche questi abbia le capacità e le competenze per valutare la conformità all'interesse pubblico della scelta amministrativa, il che si scontra con l'esclusività e l'insindacabilità del c.d. merito amministrativo”. Ulteriormente, viene evidenziato un possibile profilo critico inerente l'ambito applicativo della condizione in discorso che, parlando di *conoscenza* della contrarietà all'interesse pubblico, sembrerebbe applicabile alla sola ipotesi di contrarietà originaria dell'atto all'interesse pubblico, escludendo le ipotesi di mutamento della situazione di fatto e di c.d. revoca *jus poenitendi*, “ciò in quanto la conoscenza presuppone un vizio che già esiste, non potendo, evidentemente, essere oggetto di conoscenza il vizio sopravvenuto”.

disposto dell'art. 1227 c.c., a mente del quale “se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.”¹³²

Si è invece evidenziata la criticità del riferimento alla condotta del terzo, *tout court* considerata rilevante dal legislatore dell'art. 21 *quinques*, che avrebbe, al contrario, potuto prendere a modello il disposto dell'art. 1439, comma 2 c.c., in forza del quale il dolo del terzo determina l'annullabilità del contratto solo se noto al contraente che se ne è avvantaggiato¹³³.

Ora, rispetto al concorso colposo, non vi è chi non veda come anche il suo inserimento sia stato dettato al legislatore dalla consapevolezza che l'indennizzo fosse volto ad approntare una tutela al legittimo affidamento.

Ecco che allora il legittimo affidamento, principio che si è ritenuto di poter qualificare come generale dell'ordinamento nella prima parte della presente trattazione, esplica la sua piena funzione interpretativa della norma in parola. Chiarisce, in altri termini, la *ratio* dei presenti limiti al *quantum* dell'indennizzo, consentendo così una loro miglior definizione e una più precisa applicazione.

Sul punto, una breve considerazione, che poi sarà ulteriormente sviscerata in seguito: ad avviso di chi scrive, dalla presente disamina del dato normativo, sono finora emerse alcune diverse funzioni del principio del legittimo affidamento.

Utilizzando la quadripartizione delle funzioni dei principi proposta dalla più autorevole dottrina, i principi generali dell'ordinamento giuridico perseguono quattro funzioni: interpretativa, integrativa, direttiva o programmatica, limitativa del potere¹³⁴.

¹³² Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, p. 1533, che esemplifica con riferimento ai casi di false informazioni o a comportamenti scorretti del privato che abbia fuorviato il procedimento amministrativo dall'interesse pubblico.

¹³³ Ancora R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole, cit.*, p. 393.

¹³⁴ Questa la tradizionale impostazione di V. CRISAFULLI, *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, Milano, 1941; in tema V. anche F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

E allora, seguendo questa linea di pensiero, si è visto, e si vedrà anche nel breve paragrafo seguente, che il legittimo affidamento del privato nei confronti dei pubblici poteri, certamente svolge una funzione direttiva dell'attività legislativa, che nel corso degli anni, dall'adozione di una legge generale sul procedimento amministrativo, ha sempre più considerato il legittimo affidamento quale esigenza sulla cui base intervenire a mutare le condizioni dell'esercizio del potere.

Si è inoltre, poche righe sopra, detto di una possibile funzione interpretativa del principio, e se ne potrebbero rilevare numerose altre, che, stante il suo riconosciuto peso nel guidare il legislatore, all'evidenza non può che fungere da chiave di volta in tutti i casi in cui i riferimenti legislativi appaiano ambigui, non chiari, interpretabili, appunto.

Quanto alla funzione limitativa del potere, pur se emergerà pienamente nei paragrafi seguenti, non vi è chi non veda come, già dall'impianto legislativo e dalle considerazioni generali sin qui proposte, il legittimo affidamento conformi in maniera assai pregnante il potere della p.a., in particolare di autotutela.

Posti tali profili, sarà poi il capitolo seguente a dirci se il legittimo affidamento possa svolgere anche una funzione integrativa dell'ordinamento, andando a costituire un apparato di tutele anche laddove non siano presenti norme esplicite sul punto¹³⁵.

1.3 Il recesso dagli accordi *ex art. 11 L. 241/1990*.

Da ultimo, quanto all'esame delle disposizioni normative che, guidate dal legittimo affidamento, hanno posto delle condizioni all'esercizio di poteri della p.a., può farsi riferimento alla disciplina degli accordi tra pubblica amministrazione e privati, di cui all'art.11 della legge 241 del 1990.

¹³⁵ Chiarisce che non tutti i principi esplicitano le funzioni anzidette né, tanto meno, che queste sono contemporaneamente in atto G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, II ed., 2006, p. 18.

Senza dover in questa sede indagare il tema nel suo complesso, si possono tuttavia svolgere alcune considerazioni a carattere generale, che incidono anche sulla forma di tutela del legittimo affidamento e, in particolare, sulla scelta legislativa sul punto compiuta.

Come noto, l'art. 11 della legge generale sul procedimento amministrativo, contempla la possibilità che l'amministrazione concluda il procedimento amministrativo non già con un provvedimento autoritativo, bensì in via convenzionale, andando ad accordarsi con il privato "al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo"¹³⁶.

Nell'ambito quindi di questa terza tipologia di attività della p.a. – che si affianca a quella provvedimentale classica e a quella puramente privatistica – il legislatore ha disciplinato due diverse tipologie di accordi: quelli integrativi del provvedimento, con il quale le parti delineano l'assetto di interessi che si deve realizzare, la cui attuazione è però demandata ad un provvedimento amministrativo che tale accordo recepisca; e quelli sostitutivi del provvedimento, ove è l'accordo stesso, in sostituzione del provvedimento unilaterale, a costituire gli effetti giuridici derivanti dalla sua adozione¹³⁷.

¹³⁶ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 125, definisce gli strumenti convenzionali di conclusione del procedimento "tutte quelle fattispecie in cui si impiega, come tecnica di azione, l'addivenire fra gli interessati e l'amministrazione a soluzioni concordate". Con riferimento alla attività consensuale e per accordi della pubblica amministrazione V., tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pp. 343 e ss.; F. LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996, pp. 394 e ss.; G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2003; in particolare sull'art. 11 l. 241/1990 V. F.G. COCCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, pp. 47 e ss.; E. CASETTA, *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 1993, p. 11 e ss.; S. FANTINI, *Art. 11, l. n. 241 del 1990*, A. BARTOLINI-S. FANTINI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010.

¹³⁷ In dottrina, peraltro, si sono confrontate due posizioni in ordine alla possibilità di riconoscere una piena identità tra le due tipologie di accordi, ovvero se esse debbano considerarsi ontologicamente distinte. A favore della distinzione solo formale tra le due categorie, essendo invero l'assetto di interessi comunque definito dall'accordo, V. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, pp. 55 e ss. Rimarca, al contrario, la differenza sostanziale tra i due, stante il fatto che gli effetti si producono in forza dell'accordo nel solo caso degli accordi sostitutivi (derivandone anche un

La questione generale che più rileva ai nostri fini è invero quella inerente la natura giuridica degli accordi ex art. 11.

Secondo una prima impostazione, gli accordi avrebbero natura pienamente privatistica, sarebbero perciò dei contratti di diritto comune, con alcuni profili di specialità, ma senza che tramite essi intervenga alcun esercizio di potere pubblico¹³⁸.

Secondo diversa e prevalente impostazione, gli accordi avrebbero natura pubblicistica, essendo comunque manifestazione di esercizio di potere amministrativo funzionalizzato¹³⁹.

Particolarmente rilevanti per la presente analisi sono due profili del dibattito in discorso, concernenti, in particolare, le ragioni che si adducono, sulla base del dato normativo, a sostegno dell'una e dell'altra tesi.

I sostenitori della tesi privatistica evidenziano, a supporto della propria posizione, da un lato, il disposto dell'art. 11, comma 2, in forza del quale "ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili"; dall'altro, la previsione contenuta nel comma 4, per cui "per sopravvenuti motivi di

diverso atteggiarsi della funzione di controllo) R. FERRARA, voce *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, pp. 554 e ss.

¹³⁸ Cfr. G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino 2001; M. NUZZO, *Accordo privato e provvedimento amministrativo nell'art. 11, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in AA. VV., *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1994; F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 293 e ss. Peraltro, al fianco dei sostenitori dell'assimilabilità *tout court* degli accordi ai contratti di diritto comune, alcuni hanno sostenuto che gli accordi sarebbero dei contratti di diritto privato speciale o ad autonomia ristretta, così non svilendo la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico (cfr. V. MONTEDORO, *La nuova disciplina degli accordi*, in www.giustizia-amministrativa.it.)

¹³⁹ Cfr., *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 508. Invero, nell'ambito di tale orientamento, alcuni hanno ascritto gli accordi alla categoria dei contratti di diritto pubblico, facendo rilevare la presenza, negli accordi in discorso, degli elementi essenziali del contratto ex art. 1321c.c., in particolare quello dell'incontro delle volontà e della patrimonialità (cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, pp. 104 e ss.); altri, mancando il requisito della parità delle parti, li annoverano tra le fattispecie bilaterali non contrattuali (cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., p. 72) o come provvedimenti concordati (cfr. G. FALCON, voce *Convenzioni ed accordi amministrativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988), con la conseguenza del rilievo del tutto marginale della disciplina privatistica.

pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.”

Quanto al primo elemento, si sottolinea che, per quanto con le guarentigie della compatibilità e della mancanza di diversa previsione espressa, il richiamo generalizzato ai principi del codice civile in materia obbligatoria, non possa che essere un chiaro indice della natura giuridica privata, altresì considerando che la compatibilità può essere vagliata solo rispetto alla speciale disciplina dell'art. 11 (che, per esempio, richiede la forma scritta *ad substantiam*, in deroga al principio generale civilistico di libertà delle forme), non anche rispetto all'intera disciplina pubblicistica¹⁴⁰.

Quanto al secondo elemento poi, si evidenzia che l'utilizzo dell'istituto del recesso, tipicamente civilistico, non può che condurre alla conclusione circa la natura privatistica degli accordi, qualificandosi perciò il recesso, anche in quest'ambito, come espressione di un diritto potestativo tipico dei rapporti di durata e non già quale espressione di profili di potestà amministrativa.

I medesimi elementi sono tuttavia valorizzati, se ci si concede la licenza artistica, *in direzione ostinata e contraria*¹⁴¹, anche dalla tesi pubblicistica, che ne pone in luce profili di specialità tali da renderli incompatibili con la asserita riconducibilità alla logica privatistica.

In tal senso, sono, al contrario di quanto affermato dalla tesi privatistica, valorizzati i limiti del richiamo ai principi generali del codice civile, per cui sarebbe necessario verificare sempre la compatibilità ed una eventuale lacuna nell'ordinamento, per poterne fare applicazione nel caso concreto¹⁴².

Nello stesso senso, in giurisprudenza, è stato evidenziato che “gli accordi in questione sono caratterizzati da una forte connotazione pubblicistica: infatti, il legislatore, lungi dal rinviare semplicemente alle norme del codice civile, ha

¹⁴⁰ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 66.

¹⁴¹ Ci si è presi la libertà di riferirsi alla prima antologia ufficiale dell'artista e cantautore F. DE ANDRE', dal titolo, appunto, *In direzione ostinata e contraria*, 2005.

¹⁴² Cfr. F. SCHLITZER, *Accordi amministrativi e responsabilità*, in atti del 42° Convegno di studi, *Procedimento e accordi nell'amministrazione locale*, Milano, 1997, pp. 8 e ss.

operato un rinvio esclusivamente ai principi generali in materia contrattuale”¹⁴³.

Quanto al recesso poi, si è sottolineato come il fatto che la legge riconosca un generale potere di recesso per motivi di pubblico interesse, risulterebbe una previsione totalmente distonica rispetto alla impostazione privatistica. Non si è infatti mancato di sottolineare la differente disciplina introdotta dalla legge 15 del 2005 per il recesso della p.a. dai contratti di cui è parte, ove, per dette ipotesi, l’art. 21 *sexies*, lungi dal prevedere un generale potere di recesso per motivi di pubblico interesse, prevede che il recesso sia ammesso “nei casi previsti dalla legge o dal contratto”.

Evidenziando tale discrasia, a sostegno della natura pubblicistica degli accordi, si è altresì sottolineata la coincidenza tra il disposto dell’art. 11, comma 4 e l’art. 21 *quinques* in tema di revoca, posto che entrambi prevedono la corresponsione di un indennizzo a carico della p.a. e a favore del privato che subisce un pregiudizio dal recesso o revoca¹⁴⁴.

Ora, ritenuto in questa sede che la tesi pubblicistica sia maggiormente convincente, occorre svolgere alcune considerazioni sui profili che si sono sin qui trattati, analizzati sotto la lente del legittimo affidamento.

In tal senso, quanto al richiamo ai principi generali del codice civile, in dottrina si è sostenuto che, in forza di esso, possano avere diretta applicabilità alcuni principi cardine in materia negoziale, tra cui quello dell’affidamento e quello di stabilità dei patti stipulati. Tale dottrina, muovendo quindi dall’applicabilità delle regole della buona fede e correttezza nell’ambito della negoziazione di detti accordi, ha ritenuto che “l’esigenza di correttezza si pone per l’amministrazione anche negli accordi, per alcuni ambiti regolati dal diritto comune e in rapporto di parità con gli amministrati secondo un principio di solidarietà sociale”¹⁴⁵.

¹⁴³ Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴⁴ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., p. 46.

¹⁴⁵ Così S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 212.

Ne conseguirebbe, secondo questa impostazione, che dalla stipulazione dell'accordo, la p.a. dovrebbe rimanere vincolata all'assetto di interessi realizzatosi per effetto del provvedimento con il contenuto determinato sulla base dell'accordo, salva la sua possibilità di sciogliersi dal vincolo esercitando il recesso *ex* comma 4¹⁴⁶.

Il modello che si verrebbe a delineare sarebbe perciò quello per cui l'affidamento del privato maturato nell'ambito della negoziazione di un accordo, dovrebbe essere via via maggiormente considerato dalla p.a. avanzando la negoziazione, in ossequio alle regole di correttezza, e, una volta concluso l'accordo, la forma di tutela che l'affidamento può vantare è quella della sola possibilità esercizio di un potere di recesso della p.a., a fronte del quale il privato può comunque ottenere un indennizzo.

Venendo proprio al recesso della p.a. *ex* art. 11 comma 4, l'istituto è certamente quello maggiormente interessante ai nostri fini.

Si condivide qui, invero, la tesi che valorizza in maniera chiara la analogia tra la disciplina del recesso dagli accordi e quella della revoca del provvedimento amministrativo, essendo entrambi strumenti fondati su ragioni di opportunità, di compatibilità dell'assetto di interessi, delineato con l'accordo o con il provvedimento, con l'interesse pubblico¹⁴⁷.

Assai chiaramente, in giurisprudenza, si legge che "l'art. 11 comma 4, l. 7 agosto 1990 n. 241 è confermativa (e non derogatoria) della regola generale secondo cui il generale potere di revoca del provvedimento amministrativo è proprio della funzione di amministrazione attiva: il potere di recedere (nel pubblico interesse) dagli accordi amministrativi, infatti, non rappresenta altro se non la particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo iniziale anziché in forma unilaterale. Il fondamento giuridico del recesso dagli accordi - istituto che si pone in un rapporto di "*species ad genus*" rispetto al potere

¹⁴⁶ ID., *op. ult. cit.*, p. 213.

¹⁴⁷ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, pp. 396 e ss., il quale parla di "autotutela legata", sotto il profilo della causa e con l'obbligo di indennizzo.

amministrativo di revoca - risiede, dunque, nel tratto più tipico e innato del potere amministrativo: la sua inesauribilità.”¹⁴⁸

Anche la dottrina civilistica che si è occupata del tema, ha evidenziato come l’indennizzo dovuto dalla p.a. per il caso del recesso *ex art. 11, comma 4 l. 241 del 1990*, è volto a limitare il pregiudizio sofferto dal privato, non già quale corrispettivo, cioè un controvalore economico, tipico del recesso civilistico¹⁴⁹.

Alla luce delle precedenti considerazioni, anche nell’istituto in parola, il legislatore pare essere stato guidato – funzione direttiva del principio – dal legittimo affidamento del privato, che, al pari della revoca e per le ragioni ivi esposte, viene considerato tutelabile mediante la corresponsione di un indennizzo da parte della p.a. che receda unilateralmente dall’accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

Tale ultimo elemento tuttavia consente di ritenere che, ancorché forse in via indiretta, la posizione del privato risulti rafforzata rispetto alla revoca del provvedimento amministrativo.

Invero, è minoritaria la tesi che ritiene sufficiente che la p.a., affinché possa sciogliersi dal vincolo, ponga in essere una nuova valutazione della situazione di fatto originaria¹⁵⁰.

Al contrario, l’opinione dominante ritiene necessaria una oggettiva sopravvenienza, determinando così il doveroso recesso della p.a. dall’accordo, al fine di curare costantemente l’interesse pubblico. Ciò sarebbe del tutto conforme alla necessaria esigenza di tutelare la stabilità del vincolo consensualmente definito dalle parti in sede di accordo che, in questa prospettiva, sembrerebbe perciò dotato di particolare resistenza¹⁵¹.

Se è vero tale ultimo assunto, viene a restringersi, nella fattispecie in discorso, l’ampiezza dei presupposti in presenza dei quali la p.a. possa

¹⁴⁸ TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 5 gennaio 2015, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*

¹⁴⁹ Cfr. L. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003.

¹⁵⁰ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, agg. V., Milano, 2001, p. 23.

¹⁵¹ In tema Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, *op. cit.*, pp. 240 e ss.; R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 398.

rivalutare una propria precedente decisione per ragioni di interesse pubblico, essendo, in questo caso e al contrario di quanto prevede l'art. 21 *quinques*, limitata ai soli casi di sopravvenienze. E ciò, in forza del fatto che l'assetto di interessi che si vorrebbe rovesciare, era stato determinato d'intesa tra p.a. e privato.

In altre parole, il dovere di correttezza che permea l'attività dell'amministrazione, ma, se si vuole, anche il principio di certezza del diritto, risultano maggiormente sensibili in presenza di una decisione amministrativa condivisa, sì da uscirne rafforzata la tutela dell'affidamento che il privato avesse riposto nella stabilità dell'accordo concluso con la p.a.

In ordine infine alla determinazione dell'indennizzo dovuto, si rinvia a quanto detto in tema di revoca al paragrafo precedente, evidenziando che, nel silenzio dell'art. 11 sul punto, a differenza della revoca, ove il legislatore ha comunque introdotto un comma 1 *bis* nell'art. 21 *quinques*, risulta di centrale importanza l'adesione alla tesi, qui condivisa, che ritiene doversi escludere, in via generale e a prescindere da espliciti riferimenti normativi, il lucro cessante dal computo dell'indennizzo, in ragione della già chiarita distinzione tra responsabilità da atto illecito e responsabilità da atto lecito dannoso¹⁵².

2. L'ampiezza della tutela del legittimo affidamento. I tre elementi necessari alla configurazione di un affidamento tutelabile.

Se questo è il quadro normativo dettato dal legislatore sulla base della "guida" del principio del legittimo affidamento, occorre ora analizzare le concrete modalità di tutela dell'affidamento e, segnatamente, in presenza di

¹⁵² Anche in questa sede, *mutatis mutandis*, può infatti proporsi la fattispecie esemplificativa di un recesso illegittimo da parte della p.a., ad esempio perché non fondato su sopravvenuti motivi di pubblico interesse, il quale determinerebbe, in caso di danno, il sorgere di un'obbligazione risarcitoria a carico della p.a. secondo il generale schema dell'art. 2043 c.c. Solo il recesso legittimamente esercitato, conduce al dovere di indennizzo in presenza di un pregiudizio del privato, e senza che lo stesso debba assolvere il gravoso onere probatorio di cui all'illecito aquiliano, ma potendo beneficiare di una somma pari al solo danno emergente, *i.e.* le spese sostenute inutilmente in forza dell'accordo, non anche il guadagno che sarebbe stato percepito se l'accordo non fosse venuto meno. In questo senso Cfr. anche, specificamente in tema di accordi, F. TIGANO, *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2002, p. 218.

quali presupposti la prassi applicativa ritenga che l'affidamento sia meritevole di tutela e secondo quali forme.

In particolare, è necessario comprendere ed analizzare se, ed entro che limiti, possa il legittimo affidamento costituire un limite all'esercizio del potere amministrativo. Per utilizzare le categorie sopra prospettate, si deve indagare la portata della funzione limitativa del potere propria del principio in discorso.

Per far ciò, si deve riconoscere come la giurisprudenza nazionale abbia da tempo ormai accolto l'impostazione comunitaria (*rectius*: europea), in ordine alla individuazione di tre elementi necessari ad identificare una posizione di affidamento maturata dal privato nei confronti della p.a., che sia meritevole di tutela.

Come anche brevemente compendiato sopra (V. Cap. I, par. 2.2), i tre elementi costitutivi della posizione di affidamento vengono identificati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in un elemento a carattere oggettivo, uno soggettivo e uno di natura cronologica¹⁵³.

Tale tripartizione è ormai entrata nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa nazionale, che sovente ne fa richiamo al fine di verificare la sussistenza di un affidamento del privato che, nel caso concreto, sia meritevole di tutela.

Quanto all'elemento oggettivo, questo si sostanzia in un provvedimento che attribuisca al destinatario inequivocabilmente e concretamente un vantaggio, che ne ampli perciò, in tal modo, la sfera giuridica.

Per dirla con la parole di una pronuncia del Consiglio di Stato di particolare pregio ricostruttivo, l'elemento oggettivo, "che rende l'affidamento ragionevole, impone che il vantaggio che il privato difende sia chiaro, certo e univoco e che trovi la sua fonte in un comportamento attivo, in un atto cioè efficace e vincolante, non essendo all'uopo idoneo, ad esempio, un mero atto endoprocedimentale ed impotente"¹⁵⁴.

¹⁵³ Cfr., tra le tante, Corte di Giustizia CE, 15 dicembre 2005, C-148/04, in <http://curia.europa.eu>.

¹⁵⁴ Cons. Stato., Sez. V., 3 agosto 2012, n. 4440, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, 5, I, p. 1191. Negli stessi termini, in dottrina, si esprimeva F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana*

Tale ultimo inciso, delinea un primo contorno chiaro di ciò che è affidamento meritevole di tutela e ciò che invece altro non è che mera aspettativa. Un atto endoprocedimentale, quale, ad es., un parere, non è perciò idoneo a radicare una posizione di affidamento che possa costituire un eventuale limite all'esercizio del potere amministrativo.

In altre parole, l'amministrazione non sarà tenuta a considerare la condizione di più o meno ampia fiducia che il privato abbia eventualmente riposto, per effetto del rilascio di un parere vantaggioso, della favorevole conclusione di un procedimento amministrativo.

Non v'è dubbio che l'eventuale provvedimento finale che si discosti dal parere in questione, dovrà, secondo le ordinarie regole che presiedono l'esercizio della discrezionalità amministrativa, essere munito di congruo apparato motivazionale, pena la sua illegittimità per eccesso di potere¹⁵⁵.

Ma, ciò che rileva nella nostra esposizione, è che non è la violazione del legittimo affidamento del privato a condurre a tale conclusione, bensì un non corretto esercizio del potere rispetto ai generali canoni di logicità e congruità che presiedono l'esercizio del potere discrezionale della p.a.

Sembra muovere in differente direzione la più recente dottrina, la quale, pur richiamando l'impostazione rigorosa della giurisprudenza sopra citata in ordine alla sussistenza di un atto formale chiaro ed inequivoco, con esclusione perciò di meri *facta concludentia*, ritiene di poter affermare che l'affidamento tutelabile venga in rilievo anche come "aspettativa all'acquisizione di un beneficio futuro", che la p.a. promette ovvero fa presupporre che sarà acquisito (il riferimento è al mancato esercizio del potere inibitorio nella SCIA, alle circolari e alle prassi amministrative)¹⁵⁶.

coppia, cit. V. altresì TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 9297. In tema di elemento oggettivo, nella giurisprudenza comunitaria, V. Trib. CE, 16 ottobre 1996, causa T-336/94, in *Racc.*, 1994, 1346, che ritiene sia necessario che l'amministrazione abbia fornito al privato assicurazioni precise, così suscitando aspettative fondate. O ancora Trib. CE, 19 marzo 2003, causa T-273/01, che fa riferimento a "informazioni precise, incondizionate e concordanti, che derivino da fonti autorizzate ed affidabili".

¹⁵⁵ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, p. 544.

¹⁵⁶ Cfr. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo, cit.*, p. 151.

La prospettazione, tuttavia, non convince.

La dottrina in discorso, che non si fa carico di spiegare le ragioni dell'inadeguatezza della posizione espressa dalla giurisprudenza assai chiaramente, amplia eccessivamente l'area delle situazioni giuridiche soggettive che possano assumere rilievo per l'ordinamento.

Proprio la clausola di buona fede e correttezza, nonché di solidarietà sociale, che, volendosi interpretare in maniera sì ampia, coinvolge non solo la tutela del privato, ma anche la posizione dell'amministrazione, impone di non creare limiti *praeter legem* nello svolgimento dell'attività istruttoria tipica della attività amministrativa discrezionale.

In tal senso, si andrebbe a riconoscere rilievo giuridico alla mera speranza vantata dal privato, laddove la pubblica amministrazione, nella sua complessa attività di cura dell'interesse pubblico, deve ancora compiere un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco e, per il tramite di esso, una scelta.

E ciò appare a chi scrive conforme anche alla logica della certezza del diritto, posto che essa risulta essere di interesse generale, e non certo posta a protezione del solo destinatario del provvedimento finale, e la circostanza che sia necessario un atto formale univoco e chiaro, non può che deporre a favore della salvaguardia dell'esigenza di coerenza dell'ordinamento giuridico.

Altra questione che si pone in tema di atti idonei a fondare, su un piano oggettivo, un legittimo affidamento, è quella che investe la natura, pubblicistica o, anche privatistica, dell'atto posto in essere dalla p.a.¹⁵⁷.

Sul punto, secondo una impostazione, il principio di legittimo affidamento di cui stiamo discutendo sarebbe volto a regolare rapporti di diritto pubblico, situazioni, quindi, di potere-interesse. Laddove l'utilità attribuita al privato fosse derivante da un atto privatistico, non possono che assumere rilievo le regole privatistiche, che regolano i rapporti paritetici, con piena applicabilità, ad es., dei canoni della buona fede e correttezza, la cui violazione

¹⁵⁷ Per una sintetica ricostruzione del dibattito in parola Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 1120 e ss.

nell'esercizio del proprio diritto da parte della p.a. (si pensi al caso dell'azione di ripetizione di indebito per somme indebitamente erogate ai dipendenti pubblici in regime di pubblico impiego privatizzato), potrà condurre ad eventuali responsabilità risarcitorie o a modellare diversamente l'esercizio del diritto.

Secondo differente e prevalente ricostruzione, che muove dalla derivazione comunitaria del principio, sarebbe del tutto indifferente la natura dell'atto, poiché, in chiave sostanzialistica, le esigenze e la *ratio* poste alla base del principio in discorso impongono di farne applicazione indipendentemente dalla circostanza che la forma dell'atto vantaggioso sia privatistica o pubblicistica.

A ben vedere, ci sembra che, posto che la tutela dell'affidamento nel nostro ordinamento ha preso le mosse dal diritto civile, nella fattispecie in discorso il privato potrà comunque vedere tutelata la propria posizione.

E tuttavia, nel caso che occupa, pare più corretto ritenere che, nonostante la commistione tra ordinamento nazionale ed europeo che caratterizza il presente periodo storico, si debbano rimarcare le necessarie linee di demarcazione tra i rapporti privatistici e quelli pubblicistici. Chiarito che gli strumenti di tutela dell'affidamento sono previsti dall'ordinamento tanto per gli uni quanto per gli altri, appare errato porre in essere una "corsa" alla ricerca dello strumento di tutela più incisivo nei confronti della p.a. e favorevole al privato.

In altre parole, il legittimo affidamento, quale principio che può, in taluni casi, fungere da limite del potere, entrando nel bilanciamento di interessi che la p.a. conduce, ha diritto di cittadinanza laddove di potere amministrativo si discuta.

Ma, laddove la fattispecie concreta sia riconducibile ad un atto di natura privatistica, non si pone questione di limite del potere amministrativo, bensì di regole di comportamento, quali quelle della buona fede e correttezza, nonché di divieto di abuso del diritto, che permeano e colorano la tutela dell'affidamento nell'ambito dei rapporti privatistici. Talora in maniera più forte, talora meno

(poiché, ad esempio, non impediscono l'esercizio del diritto, così come può accadere in tema di potere), ma non per questo debbono essere piegate ad esigenze concrete.

Venendo all'elemento soggettivo, esso si identifica con la buona fede del privato, che abbia conseguito il bene della vita per effetto del provvedimento di cui sopra.

Anche qui illuminante la pronuncia del Consiglio di Stato sopra citata, che chiarisce che, in punto di elemento soggettivo, "che rende l'affidamento legittimo, è necessario che il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia strappato con dolo (ad esempio inducendo in errore con false informazioni la P.A. o, comunque, versando in una condizione di colpa apprezzabile, collegata al carattere palese (e quindi riconoscibile) del vizio che inficia l'atto, come in qualche modo ricorda l'accento che l'art. 21 *quinquies* pone sulla decifrabilità dell'errore come fattore che refluisce sulla misura dell'indennizzo da revoca."¹⁵⁸

In tema di colpa del privato, e, in particolare di onere di diligenza richiesto per potersi considerare maturato un affidamento legittimo, è affermazione ricorrente in giurisprudenza quella per cui non possa dolersi dell'illegittimità del provvedimento, "chi presenta un progetto edilizio, avvalendosi per giunta dell'opera di qualificati professionisti, poiché egli ha per primo l'onere di verificarne la conformità alla normativa vigente, e non può pretendere di addossare all'Amministrazione, che non abbia rilevato profili di contrasto con la normativa di settore, gli effetti dannosi, risentiti in proprio, da lui stesso voluti."¹⁵⁹

¹⁵⁸ Cons. Stato., Sez. V., 3 agosto 2012, n. 4440, *cit.* In tema V. anche Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 780, in www.giustizia-amministrativa.it. Nella giurisprudenza europea, in tema di elemento soggettivo, si V. Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, causa C-366/95.

¹⁵⁹ TAR Lombardia, Milano, 16 dicembre 2005, n. 5004, in *Foro amm. TAR*, 2005, 12, p. 3820. Nello stesso senso Cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 26 febbraio 2015, n. 19; Cons. Stato., Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183, in www.giustizia-amministrativa.it.

Diversamente, la giurisprudenza ha ritenuto che la segnalazione da parte del privato all'amministrazione della sussistenza di un vizio nel procedimento, che poi la p.a. abbia comunque portato avanti, salvo poi autoannullare il provvedimento finale, consente di considerare assolto l'onere di diligenza in questione, escludendosi perciò profili di colpa e di concorso del privato nel danno da lui stesso sofferto¹⁶⁰.

Il tema in discorso coinvolge poi, a ben vedere, una ulteriore questione, che si ritiene ascrivibile alla problematica dell'elemento soggettivo, ma che presenta profili di contatto con l'elemento oggettivo: il rapporto tra affidamento e provvedimento nullo.¹⁶¹

Il tema investe la questione dell'elemento soggettivo poiché, quanto alla conoscibilità del vizio che avrebbe comunque impedito il mantenimento "in vita" del provvedimento, ci si deve chiedere se la particolare gravità della patologia, *i.e.* la nullità, sia già di per sé idonea ad escludere la buona fede del privato che, posto il particolare peso della patologia, avrebbe comunque potuto conoscerla.

¹⁶⁰ Cfr. ancora Cons. Stato., Sez. V., 3 agosto 2012, n. 4440, *cit.*, che afferma che "nel caso di specie, il vizio pur riconoscibile e, anzi, riconosciuto è stato, tuttavia, segnalato tempestivamente dall'appellante; dunque, il comportamento della P.A. che, scientemente, ha proseguito nella gara e ha emanato il provvedimento di aggiudicazione, può radicare un affidamento legittimo anche sotto il profilo soggettivo."

¹⁶¹ In tema già F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, *cit.*, che affermava che "ecco allora la nullità, per la quale vien da domandarsi se un atto nullo possa partorire un affidamento legittimo. La risposta dipende, in fondo, da cosa intendiamo per nullità. Se, seguendo le sirene della *scuola effettuale*, reputiamo che l'atto esiste solo se è efficace per il diritto dobbiamo concludere che l'atto nullo, in quanto inefficace in via originaria, non esiste e, pertanto, non può ingenerare alcun affidamento tutelabile, con l'aggiunto, dogmaticamente implacabile, che la rimozione dell'atto nullo è un atto dichiarativo non incasellabile nell'autotutela vera e propria. Se invece, seguendo la più rigorosa scuola reale (o realistica), capovolgiamo il discorso possiamo reputare che intanto il problema degli effetti si pone in quanto esiste un atto qualificabile come inefficace, e che, quindi, l'atto non è inesistente perché inefficace ma è inefficace siccome esistente; con il corollario che l'atto nullo è un atto (ancorché gravemente invalido ed inefficace) che esiste *in rerum natura* come nel mondo giuridico e, pertanto, può, con la sua apparente efficacia, sprigionare un affidamento legittimo ove (pur se con maggiori difficoltà) ricorrano i tre elementi che rendono l'affidamento ragionevole, legittimo e stabile. Si può anche dire che, specie in un sistema europeo che non conosce la distinzione tra nullità ed annullabilità, l'affidamento dipende non dalla natura ma dalla misura del vizio; non dalla qualificazione ma dal peso dell'invalidità. Se così è si deve convenire che anche il ritiro dell'atto nullo vantaggioso *ex art. 21-septies* deve fare i conti con i limiti anche temporali *ex art. 21-nonies*."

Ancor più a monte, è però vero che già su un piano oggettivo, non è pacifica la configurabilità di un affidamento che maturi su di un provvedimento che, essendo nullo, è di per sé improduttivo di effetti.

Sul punto, appaiono pienamente condivisibili le considerazioni proposte dalla più recente dottrina, a cui si rinvia per una completa disamina, che, in disaccordo con quanto sembra emergere in giurisprudenza, ritiene che “è vero, infatti, che il provvedimento è nullo, ma il provvedimento nullo è comunque un provvedimento che è effettivamente esistito nella realtà fattuale. Ragioni minime di buon senso e di civiltà giuridica impongono allora di prendere atto che esso ben potrebbe essere stato fonte di un affidamento per il suo destinatario, anche perché non si può pretendere che il comune cittadino conosca i vizi di nullità del provvedimento amministrativo”.¹⁶²

Se si risolve in tal guisa il problema oggettivo, sul piano soggettivo può allora riconoscersi che, in astratto, il privato ben potrebbe vantare una situazione di ignoranza incolpevole circa il vizio di nullità che affligge l’atto. D’altronde, non è la categoria giuridica del vizio che incide sulla sua conoscibilità, bensì la sua apparenza. Come può accertarsi in concreto che un privato conoscesse – o si può pretendere che conosca, come visto sopra – un profilo di illegittimità, anche magari complesso, che conduce alla annullabilità del provvedimento, così può emergere che il privato non avesse alcuna contezza del vizio, poi ascrivibile alla categoria della nullità, che colpiva il provvedimento favorevole di cui egli era stato destinatario.

Non ci si può infatti dimenticare della travagliata genesi delle ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, né della circostanza, che in altre occasioni non si è mancato di far notare e che quindi non può essere utilizzata

¹⁶² Così A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 114-115, che, nel contestare la posizione di Cass. Sez. Un., 17 marzo 2013, ord. n. 12110, ricorda altresì che “l’azione di accertamento della nullità di un provvedimento può essere proposta entro il termine di sei mesi (mentre è rilevabile d’ufficio ed eccezionale senza alcun limite temporale). Trascorso tale periodo il destinatario del provvedimento nullo è dunque a fortiori legittimato ad avere un’aspettativa sul mantenimento e sulla stabilità del beneficio che derivi dal provvedimento nullo poiché può confidare nel fatto che, tramite l’esaurirsi del termine suddetto, le posizioni giuridiche acquisite si “consolidano” nella sua sfera giuridica”.

ad “argomenti alterni”, che il legittimo affidamento, nel diritto vivente in particolare, è istituto di matrice europeistica e che l’ordinamento europeo non conosce la categoria della nullità, bensì solo quelle dell’annullabilità del provvedimento o dell’inesistenza *tout court* dello stesso¹⁶³.

Venendo infine al terzo elemento, la giurisprudenza richiede che il privato destinatario in buona fede del provvedimento attributivo in via definitiva del bene della vita, ne abbia goduto per un lasso di tempo apprezzabile, idoneo a fondare la convinzione circa la sua spettanza.

Si legge allora che questo elemento “rende l'affidamento stabile; il passaggio del tempo, infatti, è un fattore che rafforza ed ispessisce la convinzione della spettanza del bene della vita e, per l'effetto, limita e/o condiziona il potere pubblico di mettere nel nulla l'attribuzione iniziale. In altre parole, l'affidamento diventa sempre più consistente ed intenso a mano a mano che trascorre il tempo dal momento della sua attribuzione iniziale; in questo senso, più che essere elemento costitutivo in senso stretto il tempo è fattore di potenziamento dell'expectation, distinguendosi così l'affidamento dal principio di certezza del diritto, che si raggiunge nel momento in cui il trascorrere del tempo ha raggiunto il suo massimo fattore di potenziamento dell'affidamento.”¹⁶⁴

¹⁶³ Sull’evoluzione della categoria della nullità nel sistema amministrativo V., tra i tanti, C. CAVALLARI, *La nullità del provvedimento: genesi ed evoluzione nel sistema amministrativo, cause ed effetti, ricadute in punto di giurisdizione*, in *Rivista Neldiritto*, 2011, 8, pp. 1190 e ss.; R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011; A. BARTOLINI, *Art. 21 septies*, in A. BARTOLINI-S. FANTINI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010. In ordine al diritto comunitario Cfr. Corte di Giustizia UE, 8 luglio 1999, *Hoechst AG contro Commissione*, causa 227/92, che chiarisce che il diritto comunitario non conosce situazioni intermedie fra l’accertamento dell’inesistenza di un atto e il suo annullamento. In dottrina V. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, pp. 321 e ss.

¹⁶⁴ Sempre Cons. Stato., Sez. V., 3 agosto 2012, n. 4440, *cit.*, che, nel caso concreto, a dimostrazione del valore del fattore tempo, ritiene che “l'immediatezza dell'annullamento, molto prossima al provvedimento di aggiudicazione, ha reso l'affidamento dell'appellante nella stabilità e nella conservazione dell'aggiudicazione della gara, pur sussistente, molto debole e, chiaramente, recessivo rispetto agli interessi pubblici azionati, da ritenersi *ictu oculi* prevalenti.” Cfr. anche TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 luglio 2015, n. 9159, in *Foro Amministrativo*, 2015, 7-8, p. 2077, che afferma che “Relativamente al primo ordine di censure, relativo all'esercizio del potere di autotutela, reputa il Collegio che alcun particolare affidamento possa essersi determinato in capo ai soggetti utilmente collocati nella graduatoria approvata il 27.5.2013, in ordine alla definitività e stabilità della posizione acquisita, atteso

Da questa impostazione, la più recente dottrina ha tratto la convinzione che il fattore temporale non sia un vero e proprio elemento costitutivo del legittimo affidamento, bensì idoneo ad aumentarne il peso, nel giudizio di bilanciamento, che l'affidamento ha, essendosi maggiormente consolidata la situazione del privato ed andando, ragionevolmente, ad essere maggiori i pregiudizi che lo stesso subisce per effetto dell'esercizio del potere¹⁶⁵.

In ordine al fattore cronologico, alcune considerazioni si sono già spese quando si è trattato di analizzare la previsione dell'art. 21 *nonies* L. 241 del 1990 e la sua recente novellazione (V. par. 1.1).

Alla luce delle ultime argomentazioni proposte, emerge ancor di più l'inadeguatezza, già in precedenza sottolineata, della soluzione che utilizza uno sbarramento temporale fisso all'esercizio del potere di autotutela della p.a., come quello introdotto dal legislatore del 2015 nell'art. 21 *nonies* in tema di annullamento d'ufficio.

A nostro avviso, è solo apparente il rafforzamento della tutela del legittimo affidamento, poiché, invero, con tale strumento si prescinde del tutto dall'affidamento del privato, che potrebbe non essere maturato, in particolare sotto il profilo dell'elemento soggettivo che, come visto, rende appunto legittimo l'affidamento. L'apposizione di un termine fisso all'esercizio del potere di autotutela quindi, certamente rafforza la posizione del privato, ma non è detto che rafforzi la posizione del privato "meritevole di tutela".

che, pressoché contestualmente, questo TAR, con una nutrita serie di sentenze, emesse a partire dalla n. 6488 dell'1.7.2013, ha annullato, *in parte qua*, il Regolamento capitolino di disciplina in materia di accesso agli impieghi (sul quale è stato modellato anche il bando del concorso di cui si verte) per la rilevata illegittimità del criterio della somma dei voti riportati nelle prove scritte in luogo di quella della media dei voti. In sostanza, reputa che, anche in ordine alle graduatorie per cui non erano stati instaurati contenziosi, la caducazione di siffatte disposizioni abbia determinato una situazione di incertezza tale da impedire, nelle more delle definitive determinazioni dell'amministrazione, il consolidarsi di qualsivoglia ragionevole affidamento nel mantenimento del vantaggio acquisito." A valorizzare il fattore temporale in sede comunitaria è invero la capostipite sentenza Corte di Giustizia, 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57, *Dineke Algera e a./Assemblea Comune della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, cit.

¹⁶⁵ Cfr. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 154.

Ed è solo in parte idonea a superare tale critica, la previsione che esclude l'operatività del termine massimo di diciotto mesi nel caso "di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato". All'evidenza, restano fuori dal fuoco di applicazione di tale clausola di esclusione numerose condotte colpose di conoscenza dell'illegittimità dell'operato della p.a., nonché di conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza, che, nella prospettiva accolta dalla giurisprudenza nazionale, sulla base di quella europea, costituiscono un elemento, questo sì costitutivo, dell'affidamento legittimo e meritevole di tutela.

In senso critico rispetto a queste considerazioni, la più recente dottrina che ha esaminato la novella, al contrario, saluta con favore l'introduzione del termine fisso e ritiene doveroso che la giurisprudenza interpreti rigidamente il dato normativo, evitando speculazioni interpretative in ordine a presunti interessi non esplicitati dal legislatore, che debbono perciò considerarsi recessivi rispetto all'affidamento¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Ci si riferisce alla posizione di M.A SANDULLI, voce *Autotutela*, cit., del quale merita di riportarsi il seguente passaggio: "tornando al sistema *de iure condito*, la novella del 2015 dovrebbe in ogni caso indurre a ritenere superati gli orientamenti giurisprudenziali che, in netta controtendenza rispetto alle richiamate esigenze di garanzia degli investimenti e in contrasto con il chiaro dato testuale dell'art. 21 nonies, l. n. 241/1990, e con la portata chiaramente eccezionale del menzionato e abrogato art. 1, co. 136, l. 30.12.2004, n. 311 (legge finanziaria 2005), mirano a limitare la tutela dell'affidamento in nome di alcuni interessi asseritamente preminenti e/o in considerazione di una presunta (ma non comprovata) corresponsabilità del soggetto beneficiario del provvedimento illegittimo. Nella stessa luce, deve essere valutata con estrema attenzione e prudenza la tendenza a riconoscere il carattere doveroso dell'annullamento nel caso in cui sia decorso poco tempo dall'adozione del provvedimento. Se, nei rari casi in cui il legislatore è chiaro, la giurisprudenza individua regole autonome *in peius*, l'attività economica non avrà davvero alcuna speranza di ripresa. Se la natura delle norme violate, il breve lasso di tempo intercorso o il comportamento del privato possono valere come elemento negativo di valutazione del legittimo affidamento ai fini di una corretta comparazione degli interessi in gioco, ciò non può comunque trasformare il potere discrezionale in potere vincolato. E, in uno Stato di diritto, non può non essere tenuta in debito conto la circostanza che il legislatore, oltre a eliminare ogni distinzione tra le norme violate, abbia considerato il tempo solo come limite al potere di annullamento e non come elemento da considerare *in malam partem* per l'operatore e abbia inserito, ancorché (come già visto, affatto impropriamente) soltanto nell'art. 21 *quinquies*, il riferimento al "concorso" del privato nel creare i presupposti per l'autotutela. L'introduzione del nuovo co. 2-*bis* all'art. 21 nonies conferma sotto altro profilo il carattere eccezionale e i limiti della rilevanza del concorso degli interessati nell'adozione di un atto illegittimo ai fini dell'esercizio del potere caducatorio."

Se è certamente condivisibile la considerazione metodologica, imposta, in fondo, dal principio della separazione dei poteri, resta evidente, a nostro avviso, la non piena aderenza tra la tutela dell'affidamento – si badi bene, legittimo – e l'apposizione di un termine fisso entro cui intervenire in autotutela.

E la stessa dottrina favorevole alla norma, paventa subito il rischio che si scivoli verso una doverosità dell'annullamento tanto più breve sia il tempo trascorso dall'emanazione del primo provvedimento e l'esercizio del potere di riesame¹⁶⁷.

Ora, *de jure condendo*, sarebbe allora forse stato preferibile, proprio per valorizzare le specificità di ogni caso concreto, mantenere l'impostazione che vedeva il tempo trascorso dal conseguimento del provvedimento favorevole come fattore che entra nella motivazione della scelta, che resta discrezionale, dell'amministrazione, di autoannullare il proprio precedente provvedimento.

3. Casistica giurisprudenziale in particolari materie.

Chiariti quindi gli elementi che la giurisprudenza ritiene essenziali al fine di identificare un affidamento del privato meritevole di tutela, può ora procedersi ad analizzare gli effetti di tale qualificazione. Per far ciò, si è ritenuto interessante esaminare alcune, principali, fattispecie applicative che hanno occupato, anche assai recentemente, la giurisprudenza.

Per il tramite di esse ed a valle della loro analisi, sarà possibile tracciare un primo bilancio in ordine alla tutela del legittimo affidamento e, in particolare, alla possibilità che il principio in discorso risulti idoneo ad assolvere anche - oltre a quelle interpretative e, ancor di più, direttiva e programmatica dell'attività legislativa - alla funzione limitativa del potere¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Ricorda A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 154, che "se ipotizziamo il caso di un soggetto che abbia effettuato dei grandi investimenti in considerazione di un provvedimento autorizzatorio a lui accordato, quest'ultimo potrebbe subire un ingente danno anche se il ritiro di quel provvedimento avvenisse in un termine temporale breve."

¹⁶⁸ Si ritiene doveroso evidenziare che, in aggiunta alle fattispecie che saranno di seguito esaminate, un ulteriore profilo applicativo di interesse può essere rappresentato dal rapporto tra

3.1 Attività edilizia e affidamento.

Uno dei principali terreni elettivi nei quali il principio di tutela del legittimo affidamento esplica la sua funzione, è certamente quello dell'attività edilizia.

La fattispecie che più occupa la giurisprudenza è presto riassunta: quali limiti incontra la pubblica amministrazione nell'intervenire ad annullare in autotutela un precedente provvedimento abilitativo edilizio, che si avveda essere illegittimo?

Del piano strettamente normativo si è detto in precedenza (V. par. 1.1). Con sforzo sintetico, alla luce del dato letterale dell'art. 21 *nonies*, sembrerebbero potersi ricostruire, secondo i punti seguenti, le condizioni alle quali la p.a. può autoannullare un proprio precedente provvedimento amministrativo: a) illegittimità originaria del provvedimento; b) sussistenza di ragioni di pubblico interesse; c) considerazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; d) esercizio del potere di riesame entro un termine

l'affidamento e l'istituto del funzionario di fatto. Per un'analisi di tali profili si V. F. GAFFURI, *L'Acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, cit., pp. 168 e ss.; D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 765-766. In giurisprudenza, ad evidenziare il rapporto tra i due istituti, si V. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 14 febbraio 2006, n. 1073, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2, 617 che chiarisce che "l'annullamento dell'atto di nomina di un organo non travolge la generalità degli atti da questo anteriormente compiuti, ma solo quelli riguardo ai quali l'illegittimità della costituzione dell'organo sia stata dedotta come motivo di invalidità derivata, mediante un rituale ricorso. Non si verte, quindi, nell'ambito nozionale della caducazione, ma piuttosto dell'invalidità derivata ad effetto viziante, che risulta parzialmente funzionale anche all'esigenza di salvaguardia dell'atto adottato dal funzionario di fatto, e dunque ai principi di conservazione dei valori giuridici e di tutela dell'affidamento." V. anche Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853, in *Urb. e App.*, 2000, p. 428 e ss., con nota di M. DE PALMA, *Sulla teoria del funzionario di fatto*, che afferma che "La teoria del cosiddetto "funzionario di fatto" consistente sostanzialmente nel riconoscimento della legittimità dell'esercizio delle funzioni da parte di un organo o di un soggetto pur in mancanza di una regolare investitura, e degli atti emessi nell'esercizio di tali funzioni, trova applicazione solo allorché si tratti di esercizio di funzioni essenziali e/o indifferibili, che per loro natura riguardino i terzi con efficacia immediata e diretta, e si fonda sull'esigenza di garantire i diritti del privato o dei terzi che, in buona fede, vengono a contatto col funzionario medesimo, con la conseguenza che essa trova due ordini di limiti, l'uno derivante dal fatto che l'interessato insorga negando il potere del funzionario che ha emesso l'atto, e l'altro derivante dall'esigenza di tutela della buona fede del terzo, nel senso che la suddetta teoria può essere invocata solo a vantaggio e non a danno del terzo medesimo".

ragionevole (oggi, per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici, comunque non superiore a 18 mesi).

Ora, quindi, la legge offre, o meglio impone, all'amministrazione, alcuni parametri attraverso i quali condurre il giudizio di bilanciamento sotteso alla sua scelta di intervento in autotutela, dovendosi in particolare ponderare l'esigenza di ripristino della legalità con altri interessi, di cui alcuni solo apparentemente privati, che, a ben vedere, assumono una portata più generale.

In linea di principio, la giurisprudenza pare aver pienamente recepito tale impostazione legislativa, riconoscendo che “pur nella consapevolezza che l'annullamento in autotutela sia un atto connotato da ampia discrezionalità, va osservato che per costante giurisprudenza, l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo presuppone una congrua motivazione sull'interesse pubblico, attuale e concreto, a sostegno dell'esercizio discrezionale dei poteri di autotutela, con una adeguata ponderazione comparativa, che tenga conto anche dell'interesse dei destinatari dell'atto al mantenimento della posizione che su di esso si sono consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento dell'amministrazione”¹⁶⁹.

E tuttavia, proprio nella materia edilizia e, segnatamente, nella fattispecie inizialmente prospettata, si è sviluppato un orientamento giurisprudenziale - che, allo stato, deve peraltro essere considerato maggioritario - che pare aver

¹⁶⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2014 n. 5609, in *Foro Amministrativo*, 2014, 11, p. 2810. Si v. altresì Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014 n. 2468; Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2013; Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2013 n. 4026; TAR Liguria, Genova, Sez. I, 25 giugno 2014 n. 1013, tutte in www.giustizia-amministrativa.it, ove si legge che “costituisce ius receptum il principio per cui l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione richiede che quest'ultima, oltre ad accertare entro un termine ragionevole l'illegittimità dell'atto, debba altresì valutare la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento, attuale e prevalente sulle posizioni giuridiche private costituitesi e consolidate medio tempore, essendo quindi insufficiente l'identificazione dell'interesse pubblico nel mero ripristino della legalità violata”, precisando che “il carattere tipicamente discrezionale dell'annullamento d'ufficio impone una congrua valutazione comparativa degli interessi in conflitto, dei quali occorre dare adeguatamente conto nella motivazione del provvedimento di ritiro, soprattutto ogni qualvolta la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo si sia consolidata, suscitando un ragionevole affidamento”.

abdicato al riconoscimento del doveroso bilanciamento tra contrapposti interessi sopra così chiaramente affermato.

In tal senso, il Consiglio di Stato ha, in numerose occasioni, espresso il principio per cui “l’annullamento d’ufficio di una concessione edilizia non necessita di espressa e specifica motivazione sul pubblico interesse, perché di interesse generale al rispetto della disciplina urbanistica”. E, quanto al bilanciamento pretermesso, si può leggere che “la preminenza dell’interesse generale sull’interesse del privato (...) è *in re ipsa*: anche in considerazione del principio fondamentale della tutela del paesaggio di cui all’art. 9, secondo comma, Cost.”¹⁷⁰

Proprio a dimostrazione della condivisione giurisprudenziale del principio ora esposto, ancor più recentemente, viene ribadito che la motivazione del provvedimento di annullamento di concessione edilizia illegittima è da ritenersi *in re ipsa* correlato alla necessità di curare l’interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata, atteso che il rilascio del titolo edilizio comporta la sussistenza di una permanente situazione *contra legem* e di conseguenza ingenera nell’amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita¹⁷¹.

Rispetto a tale impostazione, non sono mancate le critiche della dottrina che si è occupata del tema.

In particolare, oltre a rilevare l’aperto contrasto tra l’orientamento in esame e il dato letterale dell’art. 21 *nonies* e, perciò, della scelta legislativa, già

¹⁷⁰ Cons. Stato, Sez. VI 14 aprile 2015, n.1915, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, fasc.4, 2015, pag. 730 e ss., con nota critica di E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell’annullamento d’ufficio*.

¹⁷¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660. Nello stesso senso, a dimostrazione dell’estensione di tale orientamento, si V. Cons. Stato, Sez., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5691; Cons. Stato, Sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2885; Cons. Stato, Sez. IV, 27 agosto 2012 n. 4619; Cons. St., Sez. V, 30 luglio 2012 n. 4300; Cons. St., Sez. IV, 18 novembre 2014 n. 5654; Cons. St., Sez. III, 15 aprile 2013 n. 2022; Cons. St., Sez. III, 4 giugno 2012 n. 3290; Cons. St., Sez. VI, 9 luglio 2012 n. 4007; Cons. St., Sez. III, 20 giugno 2012 n. 3625; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 18 marzo 2015 n. 923; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 15 maggio 2014 n. 2696; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 7 gennaio 2015 n. 32; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 29 maggio 2014 n. 382, T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 20 marzo 2013 n. 249, tutte in www.giustizia-amministrativa.it

sul piano concettuale si evidenzia che, in tal guisa, si tende ad accostare l'esercizio del potere di autotutela a quello giurisdizionale o di controllo, dimenticandosi che esso è invece potere di amministrazione attiva e, perciò, sempre rivolto alla cura di un interesse pubblico concreto, da perseguire nel bilanciamento con gli altri interessi rilevanti.¹⁷²

A parziale giustificazione di tale impostazione, si può tuttavia evidenziare come, nella maggior parte dei casi in discorso, si vertesse in fattispecie nelle quali assumevano rilievo le indicazioni fuorvianti o false della parte privata, che avevano determinato l'illegittimità del provvedimento annullato.¹⁷³

Tuttavia, a tacer del fatto che, come visto, ormai tali considerazioni sono assurte al rango di principio consolidato¹⁷⁴, prescindendosi perciò dalla circostanza dell'effettiva condotta del privato, a ben vedere, concettualmente, l'impostazione di fonda resta erronea.

¹⁷² Cfr. E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, cit., che ricorda peraltro che “in questo contesto, l'illegittimità del provvedimento amministrativo è soltanto un elemento della valutazione che non può eliminare la giusta considerazione dell'interesse privato, poiché è soltanto attraverso la comparazione degli interessi che si individua la soluzione più idonea alla soddisfazione del concreto bisogno collettivo.” Nello stesso senso V. M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in www.federalismi.it, 15 luglio 2015, che, in chiave di politica economica del diritto, nell'esaminare criticamente l'orientamento giurisprudenziale in discorso, sottolinea che “se, nei rari casi in cui il legislatore è chiaro, la giurisprudenza individua regole autonome *in peius*, l'attività economica non avrà davvero alcuna speranza di ripresa.”

¹⁷³ Cfr., ad es., Cons. Stato, n. 4619/2012, cit., che afferma che “L'errata o insufficiente (non importa se dolosa o colposa) rappresentazione di circostanze di fatto esposte nella domanda e nei relativi allegati complessivamente posti alla base del rilascio dell'atto della concessione edilizia, che diversamente non sarebbe stata rilasciata, costituisce da sola ragione sufficiente per giustificare un provvedimento di annullamento di ufficio della concessione medesima, tanto che in tale situazione si può prescindere dal temperamento con un interesse pubblico attuale e concreto.”

¹⁷⁴ Rileva ancora E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, cit.: “in questo contesto, potrebbe probabilmente trovare una giustificazione la prospettata irrilevanza della valutazione dell'interesse privato, dal momento che non sarebbe ravvisabile un affidamento meritevole di tutela al cospetto di un contegno preordinato all'ottenimento di un vantaggio ingiusto. Senonché, la sentenza in commento non fa alcun riferimento ad una presunta malafede o scorrettezza del destinatario del provvedimento, lasciando in tal modo prefigurare che il principio affermato tenda ad assumere una portata generale applicabile anche alle ipotesi in cui il privato sia in perfetta buona fede”.

Invero, l'amministrazione non potrebbe comunque prescindere dal bilanciamento imposto dalla legge, né di interesse pubblico *in re ipsa*, sempre prevalente su quello del privato, si dovrebbe poter parlare.

Al contrario, la p.a. dovrebbe condurre tale giudizio di bilanciamento tra interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo e interessi privati, in considerazione anche del tempo decorso, rilevando che non sussiste un affidamento legittimo tutelabile, poiché il privato ha dato causa all'illegittimità mediante condotte false o fuorvianti. In altre parole, mancherebbe l'elemento soggettivo di buona fede del privato, che, come si è visto, è necessario e costitutivo perché si possa configurare un affidamento non solo ragionevole, ma anche legittimo.

Conscia di tali profili problematici, sta però emergendo una nuova impostazione giurisprudenziale, in forza della quale “premessi che l'interesse pubblico specifico alla rimozione dell'atto illegittimo dev'essere integrato da ragioni differenti dalla mera esigenza di ripristino della legalità, l'apprezzamento del presupposto in questione non può neanche risolversi nella tautologica ripetizione degli interessi sottesi alla disposizione normativa la cui violazione ha integrato l'illegittimità dell'atto oggetto del procedimento di autotutela; pertanto, l'interesse pubblico che legittima e giustifica la rimozione d'ufficio di un atto illegittimo deve consistere nell'esigenza che quest'ultimo cessi di produrre i suoi effetti, siccome confliggenti, in concreto, con la protezione attuale di valori pubblici specifici, all'esito di un giudizio comparativo in cui questi ultimi vengono motivatamente giudicati maggiormente preganti di (e prevalenti su) quello privato alla conservazione dell'utilità prodotta da un atto illegittimo, con la conseguenza che una motivazione soddisfattiva della presupposta esigenza regolativa consacrata nel testo dell'articolo 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 deve, quindi, spingersi fino all'argomentata indicazione delle specifiche e concrete esigenze pubblicistiche che impongono l'eliminazione d'ufficio dell'atto viziato e non

può certo risolversi nella ripetitiva e astratta affermazione dei medesimi interessi alla cui soddisfazione la norma violata risulta preordinata”¹⁷⁵.

A supporto della pregevole impostazione giurisprudenziale che va sempre più emergendo, il Consiglio di Stato, nel ritenere illegittimo l’autoannullamento per decorso del termine ragionevole (oltre tredici anni), ha inoltre valorizzato il nuovo testo dell’art. 21 *nonies* come modificato dalla legge n. 124/2015, dotandolo di particolare forza ermeneutica, indipendentemente dalla sua applicabilità *ratione temporis* alla singola fattispecie concreta¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Così Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, in *Guida al diritto*, 2017, 9, pp. 105 e ss. La sentenza è pregevole, se ne riportano alcuni passaggi motivazionali particolarmente rilevanti: “Il potere di annullamento d'ufficio è regolato dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 (introdotto dalla legge n. 15 del 2005) per mezzo della previsione dell'illegittimità dell'atto oggetto della decisione di autotutela quale indefettibile e vincolata condizione che ne autorizza il valido esercizio e della descrizione, mediante il riferimento a nozioni elastiche, di ulteriori presupposti, quali la ragionevolezza del termine entro cui può essere adottato l'atto di secondo grado, la sussistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione e la considerazione degli interessi dei destinatari del provvedimento viziato. Come si vede, quindi, la disposizione attributiva del potere di autotutela lo ha disciplinato in modo da stabilire, per la sua valida esplicazione, un presupposto rigido (l'illegittimità dell'atto da annullare) e altre condizioni flessibili e duttili riferite a concetti indeterminati e, come tali, affidate all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione. Queste ultime devono intendersi, in particolare, stabilite a garanzia delle esigenze di tutela dell'affidamento, dei destinatari di atti ampliativi, in ordine alla stabilità dei titoli ed alla certezza degli effetti giuridici da essi prodotti e, appunto per mezzo dell'affidamento, a garanzia della valutazione discrezionale dell'amministrazione nella ricerca del giusto equilibrio tra le esigenze di ripristino della legalità (nel che si risolve la rimozione di un atto illegittimo) e quelle di conservazione dell'assetto regolativo recato dal provvedimento viziato.” E ancora: “l'anzidetta estensione temporale dell'operatività del permesso di costruire rimosso con l'atto di autotutela contestato imponeva, a fronte della consistenza dell'affidamento ingenerato nei destinatari circa il consolidamento della sua efficacia imponeva, una motivazione particolarmente convincente, per giustificare la misura di autotutela, circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto (come espressamente prescritto dall'art. 21 *nonies* l. cit.), in relazione alla pregnanza e alla preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio del titolo edilizio illegittimo. Non solo, ma la consistenza di tale onere motivazione deve intendersi aggravata dall'efficacia istantanea dell'atto, e, cioè, della sua idoneità a produrre effetti autorizzatori destinati ad esaurirsi con l'adozione dell'atto permissivo, assumendo, in tale fattispecie, nel giudizio comparativo degli interessi confliggenti, maggiore rilevanza quello dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore pregnanza quello pubblico all'elisione di effetti già prodotti in via definitiva e non suscettibili di aggravamento (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 816).” Nello stesso senso V. Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 816, in *Foro amm.*, 2016, 2, 293; Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 351, in *Foro amm.*, 2016, 1, 72; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 915, in *Foro amm.-C.d.s.*, 2013, 2, 420 ss.

¹⁷⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, *cit.* che afferma chiaramente che “Quanto al rispetto del parametro della ragionevolezza del termine, se è vero che la ricordata novella del 2015 (che ha quantificato in quella massima di diciotto mesi la durata del termine entro cui possono essere annullati gli atti autorizzatori) non è applicabile *ratione temporis* al

Ai nostri fini, tale ragionamento giurisprudenziale consente di ritenere peraltro avvalorata la ricostruzione della funzione interpretativa del principio di affidamento, il quale diventa strumento di interpretazione e adeguamento degli istituti operativi, laddove essi, in particolare, siano stati introdotti sulla base della funzione direttiva del medesimo principio.

L'impostazione ora descritta appare pienamente condivisibile, nel momento in cui riconduce nei binari della legalità e, segnatamente, del rispetto della lettera dell'art. 21 *nonies*, l'attività in autotutela dell'amministrazione, richiedendosi un bilanciamento, del quale deve naturalmente essere dato conto nella motivazione del provvedimento, tra esigenze tutte considerate rilevanti sul piano generale dal legislatore e, particolarmente, quella dell'affidamento dei destinatari del provvedimento favorevole che, nella impostazione più utilizzata, riposa in fondo sul principio della certezza del diritto.

È di palmare evidenza che, allora, se questi sono i dettami più illuminati della giurisprudenza, un provvedimento amministrativo di autoannullamento che non faccia buon governo delle regole di bilanciamento tra le contrapposte esigenze, potrà andare incontro alla scure dell'annullamento giurisdizionale, che censurerà, per eccesso di potere o, volendo, per violazione di legge – esistendo il chiaro parametro dell'art. 21 *nonies* – il provvedimento di riesame.

provvedimento controverso, siccome adottato prima dell'entrata in vigore della predetta modifica normativa, è anche vero che quest'ultima non può non valere come prezioso (e ineludibile) indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione. Con la precisazione esatta del termine massimo di consumazione del potere di autotutela decisoria, il legislatore ha, infatti, inteso accordare una tutela più pregnante all'interesse dei destinatari di atti ampliativi alla stabilità e alla certezza delle situazioni giuridiche da essi prodotte, costruendo un regime che garantisca la loro intangibilità una volta decorso inutilmente il periodo di operatività del potere di annullamento d'ufficio dei relativi titoli "ampliativi" (che diventano, così, non più rimuovibili dall'amministrazione, anche quando illegittimamente adottati). Ora, per quanto l'anzidetta, cogente regola non possa applicarsi a provvedimenti di autotutela perfezionatisi prima dell'entrata in vigore dell'intervento normativo che l'ha introdotta, non può trascurarsi la valenza della presupposta scelta legislativa, in occasione dell'esegesi e dell'applicazione della norma, nella sua formulazione previgente (Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5625). La decifrazione della nozione indeterminata di termine ragionevole, ai fini dello scrutinio della sua corretta interpretazione (ed applicazione) da parte dell'amministrazione, dev'essere, quindi, compiuta con particolare rigore quando il potere di autotutela viene esercitato su atti attribuitivi di utilità giuridiche od economiche, con la conseguenza che, pur non potendo ritenersi consumato, nella fattispecie esaminata, il potere di annullamento d'ufficio decorso il termine massimo stabilito dal legislatore del 2015, deve giudicarsi, comunque, irragionevole un termine notevolmente superiore (nel caso in esame, di oltre sette volte) a quest'ultimo.”

Sul punto, giova da ultimo evidenziare come il contrasto tra i due orientamenti emerso in seno alla giurisprudenza amministrativa, sia stato ritenuto di particolare rilevanza dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, che ha rimesso all'Adunanza Plenaria la seguente questione: “Se, nella vigenza dell'art. 21- *nonies*, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, *sub specie* di concessione in sanatoria, intervenuta ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivata in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza – sia pure solo a fini interpretativi – della ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di 18 mesi, individuato come ragionevole, e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato”.¹⁷⁷

Come si vede dunque, anche l'ordinanza di rimessione alla Plenaria, evidenzia il possibile ruolo interpretativo del principio del legittimo affidamento che, sulla base della novella, potrebbe colorare di nuova linfa (sic!), il dovere, a monte, di bilanciamento, e, a valle, di motivazione, dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte della p.a.

¹⁷⁷ V. Cons. Stato, Sez. IV, 19 aprile 2017, Ord. n. 1830, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.2, 2017, p. 379 e ss., con nota di C. PAGLIAROLI, *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria*. L'A. peraltro auspica che la Plenaria ridia alla motivazione del provvedimento amministrativo quel ruolo di garante della conoscibilità e della trasparenza che le è riconosciuto in realtà dalla giurisprudenza stessa (cfr. Corte Costituzionale, 17 marzo 2017, n. 58, in www.giurcost.org, ad avviso della quale la motivazione del provvedimento costituisce “il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della legge n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile...”).

Sul profilo del dovere di motivazione *in subiecta* fattispecie, la dottrina, nel richiamare, tra le altre, la funzione garantistica della motivazione, ha evidenziato come risulti necessario che l'amministrazione assolva integralmente l'onere motivazionale in ordine al giudizio di bilanciamento compiuto, essendo l'unico elemento che consente al privato di vedersi riconosciuta una effettiva e piena possibilità di tutela giurisdizionale. Inoltre, sul punto, si sottolinea come limitare la motivazione al semplice richiamo di esigenza di ripristino della legalità violata, significa in fondo determinare a priori quale sia l'interesse pubblico concreto, che, al contrario, deve essere determinato solo a valle dell'attività di acquisizione dei fatti e interessi rilevanti.¹⁷⁸

Interessi rilevanti che, in circostanze quali quella in esame, coinvolgono principalmente quelli dei privati coinvolti e, in ultima analisi, l'affidamento che essi possano aver maturato sulla legittimità e stabilità dell'atto autorizzatorio.

Sembra, a chi si scrive, di poter dedurre allora che, se l'Adunanza Plenaria rinnoverà il "peso" della motivazione del provvedimento di autoannullamento di un titolo abilitativo edilizio, ne uscirà rinforzato, a cascata, anche il sindacato giurisdizionale che sarà possibile compiere circa la correttezza del bilanciamento tra interessi confliggenti operato dalla p.a. Di tal che, per ulteriore inferenza logica, ad uscire rafforzata dalla *querelle* giurisprudenziale sarà anche la tutela del legittimo affidamento vantato dal privato, posto che, come visto, esso rappresenta il principale degli interessi confliggenti con quello al mero ripristino della legalità violata.

In ambito edilizio poi, si deve per vero rilevare una ulteriore tematica che involge la tutela del legittimo affidamento.

¹⁷⁸ E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, cit., ove l'A., con riferimento alla determinazione dell'interesse pubblico concreto, richiama l'insegnamento di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 284, che affermava che "a prescindere dalla sua esatta collocazione tra gli elementi dell'azione amministrativa (presupposto, fine, motivo) l'interesse pubblico concreto non può apparire infatti, se non a posteriori, immanente nella situazione reale considerata, rappresentando invece, nel fieri del procedimento amministrativo, il risultato di una sintesi tutt'altro che prevedibile ed a priori scontata"

La fattispecie in discorso attiene all'esercizio dei poteri repressivi di abusi edilizi della p.a., con particolare riferimento all'ordine di demolizione, in relazione a fabbricati realizzati in assenza di titolo o in difformità da esso. In particolare, perciò, ci si chiede se la p.a. incontri dei limiti nell'esercizio di detto potere per effetto dell'affidamento che un privato possa aver maturato nella stabilità e definitività dell'opera, in particolare in caso di decorso di un lungo lasso temporale.

Ora, anche in siffatta ipotesi, nella giurisprudenza amministrativa si sono formati due orientamenti.

Un primo, maggioritario e più rigoroso, esprime il principio per cui “non sussiste alcuna necessità di motivare in modo particolare un provvedimento col quale sia stata ordinata la demolizione di un manufatto, quando sia trascorso un lungo periodo di tempo tra l'epoca della commissione dell'abuso e la data dell'adozione dell'ingiunzione di demolizione, poiché l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore *contra legem*.”

D'altronde, si sostiene in questo senso, “la repressione degli abusi edilizi è espressione di attività strettamente vincolata e non soggetta a termini di decadenza o di prescrizione, potendo la misura repressiva intervenire in ogni tempo, anche a notevole distanza dall'epoca della commissione dell'abuso”, rilevandosi infatti che “l'illecito edilizio ha carattere permanente; esso si protrae e conserva nel tempo la sua natura, e l'interesse pubblico alla repressione dell'abuso è “*in re ipsa*”; l'interesse del privato al mantenimento dell'opera abusiva è necessariamente recessivo rispetto all'interesse pubblico all'osservanza della normativa urbanistico-edilizia e al corretto governo del territorio.”¹⁷⁹

¹⁷⁹ Così Cons. Stato, Sez. VI, 02 febbraio 2015, n. 474, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2015, 4, I, 752, con nota di M.C. SPENA, *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica amministrazione e legittimo affidamento del privato*. Nello stesso si V. Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2016 n. 1774; Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2013 n. 5943; Cons. Stato, Sez. VI, 23 ottobre 2015 n. 4880; Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2014 n. 4892; Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2012 n. 2592, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

Tuttavia, come rilevato dalla VI Sezione del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 1337 del 24 marzo 2017, che rimette la questione all'Adunanza Plenaria, "è tuttavia presente un secondo orientamento giurisprudenziale (IV, 4 febbraio 2014, n. 1016) che, pur consapevole del prevalente indirizzo contrario, individua tuttavia "casi-limite in cui può pervenirsi a considerazioni parzialmente difformi" (VI, 14 agosto 2015 n. 3933): considerazioni che fanno leva sul lasso temporale intercorso dalla commissione dell'abuso (o della sua conoscenza da parte dell'Amministrazione: V, 9 settembre 2013 n. 4470, in un caso peraltro in cui la buona fede è stata esclusa), sulla buona fede del soggetto destinatario dell'ordinanza di demolizione diverso dal responsabile dell'abuso e sull'assenza, per mezzo del trasferimento del bene, di un intento volto a eludere la comminatoria del provvedimento sanzionatorio (in tal senso, anche VI, 18 maggio 2015 n. 2512; V, 15 luglio 2013 n. 3847)."¹⁸⁰

La citata ordinanza di rimessione, nel dar conto della esistenza in giurisprudenza di un orientamento che ritiene necessaria una apposita motivazione in caso di annullamento in autotutela di concessione edilizia illegittima, evidenzia che il secondo orientamento ora citato "estende, quindi, con una radicale innovazione di sistema, al "fatto illecito" (quale deve considerarsi una costruzione realizzata senza titolo abilitativo) quel che originariamente era richiesto solo per un "atto illegittimo".¹⁸¹

¹⁸⁰ Cons. Stato., Sez. VI, 24 marzo 2017, ord. n. 1337, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2017, 2, I, 394, che rileva altresì che "Nella stessa scia, è stato sottolineato -ma, si badi, in relazione a "semplici difformità" della costruzione dal titolo edificatorio sussistente- che il decorso del tempo incide sulla certezza dei rapporti giuridici e può incidere significativamente con le possibilità di difesa dell'interessato sia rispetto all'amministrazione sia nei confronti del dante causa (V, 15 luglio 2013 n. 3847, seguita da V, 24 novembre 2013 n. 2013 e IV, 4 marzo 2014 n. 1016; la medesima decisione richiama V, 29 maggio 2006 n. 3270, che, pur facendo riferimento alla rilevanza della tipologia dell'abuso, non limita il principio della rilevanza dell'affidamento alle "semplici difformità")."

¹⁸¹ Cons. Stato., Sez. VI, 24 marzo 2017, ord. n. 1337, *cit.*, che chiarisce altresì che "è peraltro vero che un lasso di tempo straordinariamente lungo tra la commissione dell'abuso (da parte di terzi) e la sanzione, tempo intercorso anche a causa dell'inerzia serbata dall'amministrazione, potrebbe essere ritenuto in sé idoneo a giustificare un affidamento da parte del soggetto estraneo alla commissione dell'abuso; affidamento che, se non può certo elidere in radice il potere sanzionatorio, ne richiede una giustificazione in termini di attualità e concretezza, in relazione, oltre che al tempo, alla consistenza dell'abuso medesimo e ad altre circostanze fattuali che si assumano rilevanti." In forza di tali premesse, la VI Sezione rimette allora all'Adunanza Plenaria la seguente questione di diritto: "Se l'ordinanza di demolizione di

In ordine a tale tematica, si rileva, in primo luogo, l'affinità, evidenziata anche dall'ordinanza del Consiglio di Stato, tra la fattispecie in esame e quella dell'annullamento in autotutela del provvedimento abilitativo.

E tuttavia, non sfuggono certamente le differenze, a nostro avviso rilevanti, che non possono che condurre ad una dequotazione del peso del legittimo affidamento nella presente fattispecie.

Il sistema sanzionatorio degli abusi edilizi - che sommariamente, possono essere dicotomizzati nelle due figure degli interventi senza titolo edilizio, quando esso era necessario, e nell'intervento realizzato in difformità dal titolo edilizio - è disciplinato dagli art. 27 e ss. del D.P.R. n. 380/2001, il Testo Unico dell'Edilizia.

Sul punto, interessa rilevare, con la migliore dottrina, che il sistema di repressione presenta i caratteri della vincolatività e della obbligatorietà, né emergendo alcuno sbarramento temporale che impedisca all'amministrazione di sanzionare la condotta illecita. In presenza di un intervento realizzato in assenza di titolo perciò, pur approntando l'ordinamento un ventaglio di misure sanzionatorie diverse tra loro, l'attività di repressione dell'abuso resta comunque un'attività vincolata nell'*an*, essendo la discrezionalità dell'amministrazione procedente limitata alla fase di scelta in ordine alla tipologia di sanzione da irrogare, poiché è comunque necessario che venga ripristinato l'ordine giuridico violato¹⁸².

Ora alla luce di un siffatto quadro normativo, pare incongruo poter affermare il principio generale, che si è visto invece essere pienamente condivisibile in materia di autoannullamento del provvedimento abilitativo

immobile abusivo (nella specie, trasferito mortis causa) debba essere congruamente motivato sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio".

¹⁸² Cfr. M.C. SPENA, *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica amministrazione e legittimo affidamento del privato, cit.* e la dottrina urbanistica ivi ampiamente richiamata.

edilizio, per cui il legittimo affidamento sarebbe idoneo ad impedire l'esercizio del potere sanzionatorio e ripristinatorio di un abuso.¹⁸³

E tuttavia, non possono essere ignorate, come correttamente fa la più recente giurisprudenza, situazioni *border line*, nelle quali il profilo abusivo resta certamente in secondo piano; esso non è, in altri termini, unicamente riferibile al soggetto privato, essendo emersi, nel caso concreto, elementi quali l'inerzia dell'amministrazione che, pur a conoscenza dell'abuso, interviene solo decorso un lungo lasso di tempo.

Sembra dunque corretto e auspicabile che l'Adunanza Plenaria, rinviando, anche in questa fattispecie, il ruolo della motivazione del provvedimento amministrativo, per i "casi limite" richieda che l'amministrazione motivi integralmente circa le ragioni che giustificano l'intervento repressivo e che conducono a ritenere recessivo l'affidamento maturato dal privato.

In tale fattispecie, eventualmente, il sindacato del giudice amministrativo sulla motivazione siffatta, potrà essere meno penetrante rispetto a quello sui provvedimenti di riesame, in ragione della natura vincolata nell'*an* del provvedimento repressivo, al contrario di quello, ampiamente discrezionale, di autoannullamento.

Tuttavia, proprio alla luce delle considerazioni sopra esposte circa la non piena assimilabilità tra la fattispecie dell'autotutela e quella sanzionatoria degli abusi, pare difficile ritenere che, a livello generale, sia predicabile la piena esplicazione della funzione limitativa del potere da parte del principio del legittimo affidamento.

In altre parole, di fronte ad un illecito, pur meritando considerazione l'eventuale affidamento del privato, che presenti invero le caratteristiche essenziali per qualificarlo come legittimo, esso non dovrebbe poter essere in grado di costituire un limite all'adozione dei provvedimenti repressivi degli abusi edilizi.

¹⁸³ Cfr. F. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2012, pp. 147 e ss.

Come proposto però dalla dottrina, in ragione dell'evidente violazione dei doveri di correttezza e buona fede della p.a. che, inerte per periodi di tempo particolarmente considerevoli, magari a conoscenza della situazione di abuso, potrebbero emergere profili di responsabilità risarcitoria della amministrazione per violazione della posizione di affidamento che fosse maturata in capo al soggetto privato, magari terzo acquirente dell'immobile abusivo e dunque, possibilmente, in buona fede.¹⁸⁴

Della tutela risarcitoria però, si tratterà diffusamente nel capitolo successivo, allorché se ne esamineranno l'ammissibilità e i limiti, evidenziando la natura giuridica della posizione di affidamento, e verificando se, alla luce delle argomentazioni che emergeranno, sia possibile ricollegare il principio di affidamento alla funzione integrativa dell'ordinamento giuridico.

3.2 Tutela della concorrenza, aiuti di Stato e affidamento.

Una ulteriore palestra nella quale si è confrontata la tutela dell'affidamento del privato rispetto all'esercizio dei pubblici poteri, è quella del recupero delle sovvenzioni, *lato sensu* intese, erogate dal soggetto pubblico, ma riconosciute in contrasto con la disciplina europea della concorrenza ed, in particolare, con quella in tema di aiuti di Stato.

Ora, in estrema sintesi e per quanto qui interessa, l'attuale art. 107 del TFUE (ex art. 87 TCE), paragrafo 1, sancisce che "salve deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza."

¹⁸⁴ Cfr. ancora M.C. SPENA, *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica amministrazione e legittimo affidamento del privato*, cit., che chiarisce la sua posizione spiegando che "la soluzione di estendere la tutela risarcitoria anche nei confronti del privato destinatario di un ordine ripristinatorio una volta decorso un arco temporale molto lungo rispetto al momento di realizzazione dell'opera, è di certo la via più diretta per assicurare un minimo di garanzia ad un soggetto che legittimamente abbia confidato nel mantenimento dell'opera, soprattutto considerando che l'Amministrazione con il proprio comportamento silente protrattosi nel tempo ha rafforzato la convinzione circa la legittimità dell'intervento."

Nel rilevare la mancanza di una nozione, sul piano normativo, di ciò che deve considerarsi aiuto di Stato, la dottrina lo ha definito come qualsivoglia vantaggio che venga attribuito ad una singola impresa da un soggetto pubblico, che altrimenti non si sarebbe determinato e che sia economicamente apprezzabile.¹⁸⁵

In disparte le considerazioni inerenti le ipotesi derogatorie rispetto a tale disciplina, e la procedura specifica che, a livello europeo, la Commissione conduce al fine di dichiarare una determinata erogazione pubblica come aiuto di Stato, ciò che ai nostri fini assume rilievo è la circostanza per cui, se all'esito dell'istruttoria, la misura viene qualificata come illegittima dalla Commissione, quest'ultima emette un ordine di recupero.

In forza di tale ordine, lo Stato membro, destinatario di esso e soggetto tenuto ad attivarsi per recuperare l'aiuto illegittimamente erogato, secondo una impostazione ampiamente consolidata, non ha alcun margine di discrezionalità nel dare esecuzione al provvedimento della Commissione di recupero dell'aiuto, non potendo esso effettuare alcuna analisi autonoma circa la legittimità o meno della misura stessa, né opporre prassi o norme dell'ordinamento nazionale. È quindi titolare di un mero potere-dovere di esecuzione della decisione europea, provvedendovi secondo le norme previste dalla legge nazionale.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Cfr. V. GIUSTINIANI, *Presentazione in Aiuti di Stato nel Diritto Comunitario e misure fiscali*, Atti del Convegno di Studi, Roma 17 settembre 2003, in *Rass. Trib.*, 6-bis, 2003. Sul tema degli aiuti di Stato si V., senza pretesa di esaustività alcuna, M. VACCA, *Gli aiuti di Stato alle imprese*, in *Riv. dir. eu.*, 1, 1995, p. 21 e ss.; C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in AA. VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI e G. GRECO, I, Parte speciale, Milano, 1997, p. 60 e ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 6, 1998, p. 1259 e ss.

¹⁸⁶ Sul potere-dovere degli Stati di recuperare le misure di aiuto erogate dichiarate incompatibili V. B. LUBRANO, *Il potere/dovere di recuperare gli aiuti di Stato erogati e successivamente dichiarati illegittimi dalla Commissione*, in *www.giustamm.it*, 2, 2005. V. altresì L. COEN, *Aiuti illegali ed obbligo di recupero tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, a cura di L. DANIELE – S. AMADEO – C. SCHEPISI, p. 350. In giurisprudenza V., a livello europeo, Corte di Giustizia CE, 10 giugno 1993, causa C 183/91, Commissione c. Grecia, in *Racc.*, p. I-3131, punto 16; Corte di Giustizia CE, 27 giugno 2000, causa C 404/97, Commissione c. Portogallo, causa C- 404/97, in *Racc.*, p. I-4897, punto 38. Nella giurisprudenza nazionale V. Consiglio di Stato, Sez. III, 16 giugno 2015, n. 3036, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che afferma il principio per cui “Gli accertamenti cui è tenuto lo Stato membro al fine di verificare se l'attività svolta dall'impresa

Di fronte al quadro normativo così brevemente riassunto, è allora doveroso chiedersi quale spazio di tutela residui per il legittimo affidamento che il privato possa aver maturato nella stabilità dell'erogazione pubblica ricevuta e poi dichiarata dalla Commissione in contrasto con l'art. 107, par. 1 TFUE.

Sul punto, la giurisprudenza europea assume un atteggiamento particolarmente rigoroso, evidenziando che l'illegittimità dell'erogazione impedisce, di regola, la possibilità che su di essa si formi un legittimo affidamento del privato meritevole di tutela che ne impedisca la ripetizione, posto che la non debenza della sovvenzione, per ragioni di irregolarità procedurali ovvero per ragioni di carattere sostanziale, poteva essere conosciuta dal privato operatore economico e perciò non può su di essa essersi formato un ragionevole affidamento circa la sua stabilità.¹⁸⁷

L'orientamento della giurisprudenza europea, introduce quindi un dovere di diligenza e un onere di conoscenza, a carico del privato, circa la disciplina europea in materia, posto che non merita tutela, per difetto - sembrerebbe doversi concettualizzare così - dell'elemento soggettivo della buona fede del

sia inidonea a falsare la concorrenza non incidendo sugli scambi comunitari non hanno alcun contenuto discrezionale, nulla potendo disporre sugli assetti pubblici coinvolti, ma carattere meramente conoscitivo o esecutivo essendo tesi esclusivamente ad acclarare, in fatto, per conto della stessa Commissione europea, se le imprese presentino o meno quelle caratteristiche cui la disciplina comunitaria e la Commissione europea ricollegano gli effetti derivanti dalla applicazione dell'art. 107 (87) paragrafo 1 sopracitato.”

¹⁸⁷ Cfr. Corte di Giustizia UE, 15 dicembre 2005, C-148/04, in <http://curia.europa.eu>, nella quale la Corte ha escluso che possa formarsi un legittimo affidamento in una ipotesi in cui il versamento dell'aiuto non era stato previamente notificato alla Commissione, in violazione della procedura descritta nel Trattato, con conseguente prevedibilità per il privato circa la sua contestazione e dichiarazione di illegittimità. Chiaramente si esprime Corte di Giustizia CE, 29 aprile 2004, causa C-91/01, Italia c. Commissione, in *Racc.*, p. I-4355, punti 65-66: “tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 88 CE, le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo (...). Ne consegue che, fino a quando la Commissione non abbia assunto una decisione di approvazione... il beneficiario non ha alcuna certezza in ordine alla legittimità dell'aiuto prospettato, unico elemento che può far sorgere in lui un legittimo affidamento”. Nello stesso senso V. Corte di Giustizia CE, 20 settembre 1990, causa C-5/89, Commissione c. Germania, in *Racc.*, p. I-3437, punto 14.

privato, la posizione di chi poteva avvedersi della irregolarità della procedura avviata dallo Stato membro per concedere il vantaggio economico¹⁸⁸.

In altre parole quindi, la giurisprudenza UE richiede all'operatore economico di essere prudente ed accorto, tenendosi costantemente informato ed aggiornato nel settore professionale di sua competenza, reperendo informazioni quali la disponibilità di risorse e l'andamento del mercato.¹⁸⁹

È stato considerato rilevante il legittimo affidamento quasi esclusivamente in presenza di comportamenti ambigui o contraddittori da parte della Commissione, pur venendo in realtà meno l'obbligo di recupero solo in casi eccezionali che evidenzino una carenza manifesta della Commissione e una palese violazione del proprio dovere di diligenza¹⁹⁰.

La dottrina ha tuttavia evidenziato come, pur nel pretendere un siffatto gravoso onere di diligenza in capo agli operatori economici, la Corte imponga anche alle istituzioni comunitarie un dovere comportamentale conforme a quel diritto ad una buona amministrazione, di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, c.d. Carta di Nizza.¹⁹¹

È stato altresì evidenziato come il particolare rigore della giurisprudenza europea, trova spiegazione nella circostanza per cui, nella materia in discorso, non vengono in rilievo unicamente rapporti bilaterali amministrazione-

¹⁸⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 22 giugno 2006, in cause riunite C-182 e 217/03, che esclude la configurabilità dell'affidamento poiché il privato non avrebbe assolto l'onere di diligenza che gli avrebbe consentito di prevedere l'evoluzione del mercato comune che giustifica l'esercizio del potere di autotutela, ancorché legato ad una nuova valutazione degli interessi sottesi alla decisione.

¹⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 15 luglio 2004, in C-37 e 38/02, in <http://curia.europa.eu>.

¹⁹⁰ Quanto al primo profilo V. Corte di Giustizia 23 novembre 1987, causa 223/85; quanto al secondo, V. Corte giustizia UE, 22 aprile 2008, n. 408, in <http://curia.europa.eu>.

¹⁹¹ Cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, cit., p. 168-169, ove l'A., in merito al dovere di diligenza gravante sugli operatori economici, non manca di sottolineare, sul piano storico, come "d'altra parte, un principio "imputato" ai giuristi romani, tuttavia forse databile in epoca più tarda ammonisce che *vigilantibus, non dormientibus, iura succurrunt*: con una straordinaria attualità dunque, il diritto chiama il soggetto portatore di interessi da far valere nei confronti dell'amministrazione pubblica ad un atteggiamento vigile dei propri interessi, fino alla commisurazione delle sue scelte in relazione al grado di consapevolezza delle norme regolatrici che egli non avrebbe potuto non conoscere ed applicare nel caso di suo interesse." Sull'art. 41 della "Carta", V., *ex multis*, L. FERRARI BRAVO, M. DI MAJO, A. RIZZO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, commento all'art. 41 Diritto a una buona amministrazione*, Milano, 2001, pp. 145-162.

destinatario dell'erogazione, bensì sono coinvolti tutti gli operatori economici di quel settore, poiché la permanenza dell'aiuto in favore di una sola delle imprese concorrenti in un determinato settore costituirebbe un rilevantissimo vantaggio competitivo a favore di essa, venendo così a vulnerare uno dei totem delle politiche dell'Unione Europea, appunto la tutela della concorrenza.¹⁹²

La giurisprudenza nazionale, dal canto suo, pare aver pienamente recepito l'impostazione della Corte di Giustizia nella soluzione della problematica in esame.

Con particolare impegno motivazionale e riferendosi ampiamente ai principi consolidatisi nella giurisprudenza europea, il Consiglio di Stato ha recentemente affermato il principio per cui “le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata, anche quando l'illegittimità della decisione di concessione dell'aiuto sia imputabile allo Stato considerato in una misura tale che la sua revoca appare contraria al principio di buona fede.”¹⁹³

Pertanto, con riferimento all'onere motivazionale che grava sulla amministrazione che agisce in sede di recupero dell'aiuto illegittimo, la

¹⁹² Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 11124.

¹⁹³ Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2015, n. 2848, in www.giustizia-amministrativa.it, che chiarisce altresì che “Non rileva, quindi, secondo giurisprudenza comunitaria consolidata che l'autorità nazionale: - abbia lasciato scadere il termine a tal fine previsto dal diritto nazionale a tutela della certezza del diritto; - che l'illegittimità della decisione sia imputabile alla detta autorità in una misura tale che la revoca appare, nei confronti del beneficiario dell'aiuto, contraria al principio di buona fede, poiché il beneficiario dell'aiuto non può aver riposto, a causa dell'inosservanza della procedura prevista dall'art. 93 del Trattato, alcun legittimo affidamento nella regolarità dell'aiuto; - che la revoca sia esclusa dal diritto nazionale, in assenza di malafede del beneficiario dell'aiuto, a causa del venir meno dell'arricchimento, poiché quest'ultima evenienza costituisce la norma nel settore degli aiuti di Stato, generalmente attribuiti a imprese in difficoltà, il cui conto dei profitti e delle perdite non fa più apparire, al momento del recupero, la plusvalenza incontestabilmente derivante dall'aiuto (procedimento C-24/95, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, dal Bundesverwaltungsgericht nella causa tra Land Renania - Palatinato).” La sentenza esclude altresì che l'affidamento possa fondarsi su orientamenti o prassi o metodi operativi delle autorità nazionali “dal momento che gli orientamenti e la prassi non possono derogare al regime proprio di ciascuna misura agevolativa (cfr., in tal senso, sentenza della Corte del 15 luglio 1993, Grusa Fleisch, C34/92, Racc. pag. I-4147, punto 22)”.

giurisprudenza ha espresso il principio per cui, posto che, nella materia degli aiuti di stato, l'autotutela della p.a. è indefettibile e l'affidamento del privato diviene recessivo, la motivazione del provvedimento è sufficiente che sia succinta e che rimandi alla situazione di fatto venutasi a creare in conseguenza dell'accertato contrasto dell'aiuto con il diritto comunitario e la relativa dichiarazione di incompatibilità dello stesso con il mercato comune dichiarata con decisione definitiva della Commissione¹⁹⁴.

Alla luce delle precedenti considerazioni, appare evidente la difficile tutelabilità dell'affidamento maturato dal privato nella ricezione di una erogazione illegittima poiché in contrasto con la disciplina in materia di aiuti di Stato.

A ben vedere infatti, rimanendo nell'ambito della verifica della sussistenza dei tre elementi costitutivi, o due, se si considera meramente rafforzativo il fattore temporale, sembra emergere dal quadro giurisprudenziale sopra descritto l'impossibilità che il privato si trovi in quella condizione soggettiva tale da consentire di qualificare l'affidamento come legittimo.

Ciò, in particolare, poiché il principio è stato modellato dalla Corte di Giustizia, in questo ambito, in misura tale da ampliare notevolmente l'onere di conoscenza – e di conoscibilità – da parte del privato circa la procedura che deve essere osservata, dovendo risultare perciò il privato stesso il primo custode di essa, pena l'impossibilità di avvalersi di alcuna tutela nella eventuale vicenda restitutoria che ne dovesse seguire.

Ancora più a monte però, non si può non rilevare come, in chiave evidentemente effettuale e in un'ottica massimamente sostanzialistica, sempre propria dei ragionamenti della Corte di Giustizia, essa sembra qui “puntare al

¹⁹⁴ Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 27 giugno 2014, n. 501. Nello stesso senso ID., 19 gennaio 2011, n. 41; T.A.R. Lecce, Sez. I, 23 ottobre 2015, n. 3036, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Pone la questione sul piano oggettivo, non rilevando perciò neppure lo stato di conoscenza del privato, Cons. Stato, Sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3898: “inoltre, l'aiuto illegittimamente erogato, come nella specie, senza la previa notifica alla Commissione (ai sensi dell'art. 88 n. 3 del Trattato) assume la natura di indebito oggettivo, quale che sia lo stato di buona fede o mala fede del percipiente, atteso che un operatore diligente non può fare affidamento sulla legittimità di un aiuto (ancorché già erogato) sino a quando non intervenga la valutazione di compatibilità comunitaria che il Trattato affida alla competenza esclusiva della Commissione”.

risultato”): essendo di primaria importanza la posta in gioco, *i.e.* garantire la tutela della concorrenza, un interesse superindividuale e centrale nell’azione dell’UE, il legittimo affidamento viene ad essere recessivo in quel giudizio di bilanciamento tipico dell’azione amministrativa, condotto però con maggiore rigore rispetto alla sua declinazione generale, che si è vista operare in precedenza.

4. Conclusioni sul ruolo del legittimo affidamento in funzione direttiva, interpretativa e limitativa del potere. Primi profili di tutela della posizione di affidamento.

È ora possibile, e quanto mai opportuno, definire alcuni profili inerenti il ruolo del legittimo affidamento nei rapporti amministrativi che sono sin qui emersi.

Sul piano normativo, come si è visto, una volta riconosciuta l’applicabilità del principio di tutela dell’affidamento anche nel diritto pubblico, esso ha avuto una espansione progressiva, pur in mancanza del suo richiamo esplicito nella legge generale sul procedimento amministrativo.

Ciò nonostante, appare evidente a chi scrive, che la logica di tutela dell’affidamento del privato abbia costituito una delle principali *guidelines* che il legislatore ha seguito nel riformare la l. n. 241 del 1990, al fine di adeguarla alle continue evoluzioni della società¹⁹⁵.

In tale direzione, possono perciò essere letti, come si è fatto nelle precedenti pagine, gli artt. 21 *nonies* e 21 *quinques* in tema di autotutela e revoca del provvedimento amministrativo e, con essi, l’esercizio del potere di recesso dagli accordi di cui all’art. 11, comma 4, essendosi peraltro qui aderito

¹⁹⁵ Evidenzia M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela, cit.*, p. 1, che “la riflessione sociale e giuridica di quest’ultimo periodo è sempre più tristemente focalizzata sull’esigenza di individuare strumenti e misure per fronteggiare e possibilmente superare la crisi economica e i fenomeni di corruttela.(...)Gli sforzi della politica sono dunque dichiaratamente rivolti a combinare e contemperare l’obiettivo di incentivare gli investimenti e quello di prevenire e reprimere i fenomeni di corruzione.”

all'impostazione dottrinale che sostanzialmente assimila il recesso alla revoca pubblicistica.

Sulla base di tali considerazioni, volendo utilizzare la quadripartizione delle funzioni dei principi sopra esposta, ci sembra di poter riconoscere il pieno esplicarsi della funzione direttiva e programmatica, nell'ambito dell'attività amministrativa, del principio del legittimo affidamento, che ha costituito e costituisce tutt'ora uno dei principali "nuovi" profili di interesse da evidenziare al fine di tendere a quella logica di "buona amministrazione" che la stessa Carta di Nizza prevede¹⁹⁶.

Sembra peraltro di potersi affermare che, talvolta, forse il legislatore è andato oltre, ha ricercato eccessivamente la tutela dell'affidamento, travalicandone i confini. È quanto si è anticipato con riferimento alla predisposizione di uno sbarramento temporale fisso all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio predisposto con la legge n. 124 del 2015.

È nostro convincimento che, in tal modo, pur se ne esce rafforzata la posizione del privato, ciò comporti il rischio, solo mitigato dalla previsione del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 21 *nonies*, che a beneficiare della tutela possa essere un privato che abbia maturato un affidamento non meritevole di tutela secondo i canoni che la giurisprudenza ha, opportunamente, elaborato, al fine di evitare di fornire protezione a mere situazioni di speranza o, addirittura, a condotte abusive del privato stesso. In altre parole, non convince la previsione di un termine fisso che prescindendo da qualsiasi altra valutazione in ordine all'esercizio del potere di riesame; ecco perché, anche *de jure condito*, l'interprete dovrebbe forse valorizzare egualmente i necessari requisiti che

¹⁹⁶ Sul tema generale del diritto ad una buona amministrazione V., per chiarezza e sinteticità, S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in www.irpa.eu. In tema si V. altresì, a titolo esemplificativo, S. RICCI, *La "buona amministrazione": ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Torino, 2005; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, pp. 819-857.

l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha individuato come costitutivi del legittimo affidamento¹⁹⁷.

Il riferimento al profilo interpretativo, ci conduce ad evidenziare un secondo profilo di interesse emerso nell'indagine.

Sempre seguendo l'impostazione quadripartita delle funzioni dei principi, pare infatti doversi riconoscere altresì l'operatività del legittimo affidamento in chiave interpretativa.

In tal senso, in un moto quasi circolare, emerge come, nella presente fattispecie, il ruolo direttivo preminente che ha avuto l'affidamento nelle scelte legislative, non possa che determinarne altresì il suo ruolo centrale nell'attività interpretativa delle previsioni normative stesse, laddove dovessero permanere, come naturale, margini di opinabilità.¹⁹⁸

Conseguentemente, il legittimo affidamento diviene la lente attraverso la quale leggere la normativa che regola l'attività della p.a., ricercandone i significati che meglio si attagliano al coinvolgimento di esso nell'attività amministrativa e, segnatamente, nel bilanciamento che l'amministrazione opera nel perseguimento del pubblico interesse.

Tale ultima considerazione, ci consente di esaminare la terza funzione della schematizzazione qui seguita, quella limitativa del potere, e di provare ad evidenziare i primi profili di tutela dell'affidamento che sono emersi.

A nostro avviso, nel riconoscere, come visto, che l'affidamento possa fungere da limite al potere amministrativo, in particolare quello di autotutela, è necessario altresì evidenziare che tale limite altro non è se non l'esito cui si giunge a valle di un giudizio di bilanciamento che la p.a. deve operare tra gli interessi in gioco.

In altre parole, il legittimo affidamento maturato dal privato può essere impeditivo dell'esercizio del potere di riesame, con conseguente annullabilità

¹⁹⁷ In senso contrario rispetto a questa impostazione V. le considerazioni, già riportate in precedenza alla nota 81, di M.A. SANDULLI, voce *Autotutela*, cit.

¹⁹⁸ Sulla necessità di interpretare una norma giuridica al fine di definirne correttamente il suo significato e la sua portata applicativa V. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit.

del provvedimento comunque adottato dalla p.a., ma solo in quanto, in un giudizio di bilanciamento con gli altri interessi coinvolti nella fattispecie, esso risulti preminente.

Non si crede, in questa sede, che l'eventuale affidamento del privato assurga al rango di limite assoluto all'esercizio del potere amministrativo, poiché non si ritiene che esso abbia una autonomia tale da poter essere posto al di sopra della regola di ponderazione degli interessi coinvolti dall'esercizio della discrezionalità amministrativa¹⁹⁹.

Come ha sottolineato anche autorevole dottrina, alla base dell'adozione di provvedimenti di secondo grado, stanno valutazioni che restano riservate alla discrezionalità della p.a., in relazione alla quale, laddove essa agisca nel rispetto delle regole di correttezza e buona amministrazione, non potrà configurarsi un affidamento meritevole di tutela, emergendo una adeguata ponderazione degli interessi coinvolti e, in particolare, una motivazione che riveli la sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto preminente rispetto alle esigenze di tutela del privato.²⁰⁰

Ne consegue che la tutela che l'affidamento riceve, di fronte all'esercizio del potere discrezionale della p.a., sarà mutevole, in dipendenza del bilanciamento di interessi sotteso al caso concreto.

Recuperando nuovamente quindi la tematica delle funzioni dei principi, sembra disvelarsi la possibile funzione limitativa del potere del legittimo affidamento. Essa però, come detto, non sarà costante ed immutevole: il legittimo affidamento costituisce limite del potere, che ne impedisce la sua

¹⁹⁹ In senso contrario rispetto a questa impostazione V. S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 286 e ss.

²⁰⁰ Cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, cit., p. 192. L'A. evidenzia altresì che, nonostante i tentativi dottrinali di costruire una autonoma fattispecie di affidamento, distinta dalla discrezionalità amministrativa, sia proprio di fronte a tale attività che l'affidamento assume rilevanza. In tal senso, è stato altresì sottolineato come non possa non tenersi conto della differenza di fondo che caratterizza l'istituto nel diritto pubblico rispetto al diritto privato, posto che il fine ultimo dell'attività amministrativa è il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico, cui, da ultimo, deve sempre tendere la p.a.

esplicazione, laddove nella ponderazione appaia preminente rispetto agli altri interessi coinvolti²⁰¹.

Vere le precedenti considerazioni, il giudice amministrativo potrà sindacare, nei limiti a tutti noti, il bilanciamento operato dalla p.a., ed eventualmente il provvedimento di riesame che fosse stato adottato dalla p.a. senza aver fatto un buon governo delle regole che a tale giudizio presiedono, con conseguente possibile annullamento dello stesso per eccesso di potere, stante la violazione del legittimo affidamento maturato dal privato²⁰².

Conseguentemente, sembra poter trovare cittadinanza, nel nostro ordinamento, una tutela di annullamento, ove l'affidamento rappresenta una regola di validità del provvedimento amministrativo. Ciò che non è invece ammissibile è l'equazione lesione dell'affidamento = annullamento del provvedimento di secondo grado, posto che tale risultato potrà aversi solo in esito al giudizio di bilanciamento degli interessi tipico dell'attività amministrativa discrezionale, essendo l'affidamento, in altre parole, uno degli interessi coinvolti nella fattispecie concreta, che si confronta con gli altri e, in particolare, con l'interesse pubblico attuale e concreto da perseguire.

²⁰¹ Nello stesso senso *Ibidem*, che afferma chiaramente che “se la ponderazione dimostrasse un ingiusto travolgimento di interessi consolidatisi in buona fede e largamente maggioritaria rispetto a quelli opposti, sarebbe giusto ritenere da parte dell'organo amministrativo nella sua responsabilità una motivata rinuncia all'autotutela.

²⁰² Si è altresì rilevato in dottrina che la violazione del principio di tutela del legittimo affidamento, così costruita, non rappresenta una autonoma patologia del provvedimento amministrativo, in forza della quale sia possibile operare una valutazione separata dello specifico interesse del privato e delle ragioni giuridiche che avrebbero imposto il suo riconoscimento da parte della p.a (Cfr. D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, cit., p. 780)

Capitolo III

L'annullamento legittimo di un precedente provvedimento favorevole. La natura dell'affidamento come posizione giuridica soggettiva.

Sommario: 1) L'impossibilità di conseguire una tutela demolitoria per lesione dell'affidamento: *quid iuris?* 2) La tutela risarcitoria e i suoi spazi applicativi. L'attività contrattuale della p.a. e la responsabilità precontrattuale. 3) L'attività autoritativa della p.a. La natura giuridica dell'affidamento lesivo meritevole di tutela. 3.1) Il dibattito. La tesi maggioritaria... 3.2) (*segue*)...la tesi minoritaria 4) Un apporto alla ricostruzione della natura dell'affidamento. 5) Conseguenze sostanziali e processuali della inerenza dell'affidamento alla posizione di interesse legittimo. 6) Considerazioni conclusive sulla natura giuridica dell'affidamento.

1. L'impossibilità di conseguire una tutela demolitoria per lesione dell'affidamento: *quid iuris?*

Come si è visto in chiusura del capitolo precedente, il legittimo affidamento maturato dal privato rispetto ad un provvedimento amministrativo, può esplicare una funzione limitativa del potere di autoannullamento dello stesso.

Tuttavia, ciò solo se esso dovesse venir considerato, da parte della p.a., prevalente nel giudizio di bilanciamento con l'interesse pubblico in concreto da perseguire.

Su tale giudizio peraltro, per ciò che ne risulterà dalla motivazione del provvedimento di autotutela, il giudice amministrativo potrà svolgere il suo sindacato, a valle del quale, potrebbe derivarne l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di secondo grado, ritenuto perciò illegittimo per eccesso di potere, con conseguente piena tutela per il privato, che vedrà stabilizzarsi, definitivamente, nella propria sfera giuridica, il bene della vita che gli era stato attribuito col provvedimento genetico.

Ma, come già affermato in precedenza, ciò potrebbe anche non avvenire.

Potrebbe infatti essere legittimamente considerato recessivo l'interesse del privato, consistente nell'affidamento che egli aveva riposto nella stabilità del provvedimento originario, rispetto all'interesse pubblico concreto ed attuale che l'amministrazione ha sempre il dovere di curare.

E ciò, si deve ribadirlo, è del tutto conforme, almeno ad avviso di chi scrive, alla logica per cui l'affidamento del privato entra nell'ambito della valutazione discrezionale dell'amministrazione, si inserisce nel bilanciamento di interessi che ne costituisce il *proprium*, e, come tale, potrà risultare prevalente o soccombente rispetto agli altri interessi coinvolti, in particolare, con riferimento all'interesse pubblico²⁰³.

Se così è allora, è necessario domandarsi: *quid iuris* in presenza di un affidamento legittimo, ma legittimamente considerato recessivo rispetto all'interesse pubblico concreto?

La risposta è forse nota, ed è quella che più tipicamente l'ordinamento appronta in presenza dell'impossibilità di far conseguire al privato l'utilità materiale cui egli anelava o che gli sarebbe spettata: il risarcimento del danno per equivalente.

E tuttavia, *in subiecta materia*, come si vedrà nelle pagine che seguono, solo gli sforzi interpretativi della dottrina e della giurisprudenza, non ancora conclusi, hanno condotto il diritto vivente a riconoscere uno spazio di tutela risarcitoria per la posizione di affidamento.

Nella più volte richiamata quadripartizione delle funzioni dei principi, nel presente capitolo si indagherà la – forse – più complessa di essa, *i.e.* quella integrativa dell'ordinamento.

Non sfugge infatti al lettore che, in tal modo e per effetto del corretto inquadramento del principio di affidamento, si completa una lacuna del quadro normativo di tutela dell'affidamento nei rapporti di diritto pubblico.

Nell'esaminare allora gli spazi applicativi della tutela risarcitoria, si è scelto di procedere, dapprima, a scrutinare l'evoluzione dottrinale e

²⁰³ Cfr., nello stesso senso, la più recente dottrina di A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 140 e ss.

giurisprudenziale in tema di rapporti contrattuali tra privato e p.a., al fine di evidenziare, in particolare, i profili di interesse in tema di responsabilità precontrattuale, con particolare riferimento alle procedure ad evidenza pubblica e agli atti prodromici alla conclusione del contratto.

Ciò si impone altresì al fine di determinare correttamente la natura giuridica della posizione di affidamento maturata dal privato nei confronti della p.a.

Invero, svolta tale analisi, si procederà ad esaminare la più complessa tutela risarcitoria dell'affidamento nell'ambito del rapporto autoritativo tra privato e p.a., in presenza cioè di una fattispecie di annullamento di provvedimento amministrativo favorevole, ma illegittimo, di fronte al quale l'esigenza di tutelare l'affidamento non ha condotto al mantenimento del provvedimento originario.

Rispetto a tale ipotesi, si potrà allora cogliere la piena differenza con la fattispecie della responsabilità precontrattuale in senso tecnico, che, come si vedrà, avrà immediati riflessi anche sul piano della ricostruzione della natura giuridica della situazione soggettiva di affidamento maturata dal privato e lesa dall'amministrazione, con conseguenze altresì sul piano del riparto della giurisdizione sulla domanda risarcitoria che il privato dovesse avanzare.

2. La tutela risarcitoria e i suoi spazi applicativi. L'attività contrattuale della p.a. e la responsabilità precontrattuale.

Il primo ambito d'indagine, dunque, riguarda la possibile tutela risarcitoria per l'affidamento leso dalla p.a. in materia contrattuale. In tal senso, si intendono esaminare i profili di responsabilità precontrattuale in cui può incorrere l'amministrazione, per aver frustrato il legittimo affidamento che il privato aveva maturato nella conclusione del contratto, alla luce delle trattative già avviate in merito.

Come noto e senza potersi dilungare sul punto, il sistema della *culpa in contrahendo* si fonda sul combinato disposto degli artt. 1337 e 1338 c.c., i

quali dispongono, da un lato, il dovere di comportamento delle parti secondo buona fede nelle trattative contrattuali; dall'altro, impongono un obbligo risarcitorio a carico della parte che, conoscendo o dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto stipulando, non ne ha dato contezza all'altra parte, che ha così confidato, in buona fede, sulla validità del contratto stesso²⁰⁴.

Ora, è altresì noto che, almeno fino agli anni sessanta, si riteneva di poter escludere l'applicabilità del sistema della responsabilità precontrattuale all'attività della pubblica amministrazione²⁰⁵.

La ragione giustificativa di tale impostazione, si rinveniva nella nozione di discrezionalità amministrativa, poiché si riteneva, sostanzialmente, che la p.a. esercitasse un potere discrezionale anche nella sua veste di parte privata.

Di tal che, il soggetto privato che con essa fosse entrato in trattative, non avrebbe potuto vantare alcun affidamento circa la conclusione del contratto,

²⁰⁴ La bibliografia in materia è sterminata. Si V., a titolo meramente esemplificativo, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, V, *Rimedi - 2*, Milano, 2006, pp. 977 ss.; ID., *Trattative e responsabilità precontrattuale*, in G. AMADIO – F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme. Questioni. Concetti*, Bologna, 2014, pp. 701 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, II, 2007, pp. 334 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012; ID., voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1990. In ordine alle ipotesi di responsabilità precontrattuale che possono in concreto venire in rilievo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, in www.giustizia-amministrativa.it, che ricostruisce il sistema per cui "le norme di riferimento sono rappresentate, come è noto, dagli articoli 1337 e 1338 cod. civ. La prima, imponendo alle parti di comportarsi secondo buona fede, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, disciplina la "responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto". La seconda, ritenendo contrario alle regole della correttezza il comportamento della parte, che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne informa l'altra parte, disciplina la "responsabilità precontrattuale da contratto invalido". La Corte di Cassazione ritiene sussistente una terza fattispecie, inquadrabile anch'essa nell'ambito della norma di carattere generale di cui al citato art. 1337, rappresentata dalla "responsabilità precontrattuale da contratto valido", che ricorre quando uno dei contraenti non assolve ad oneri informativi diversi da quelli aventi ad oggetto le "cause di invalidità" del contratto (si veda, tra le altre, Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725)." In dottrina si V. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 172 e ss.

²⁰⁵ Sul tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, si V., tra i tanti, F. MELE, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. STANZIONE - A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, pp. 1011 ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995.

stante la libertà dell'amministrazione di addivenire o meno alla stipulazione, libertà giustificata dal perseguimento dell'interesse pubblico²⁰⁶.

In accoglimento delle critiche dottrinali, la Corte di Cassazione, con la sentenza 8 maggio 1963, n. 1142, ha sancito che il dovere di comportarsi secondo buona fede nelle trattative contrattuali, e, con esso, il sistema della responsabilità precontrattuale, fosse applicabile anche ai pubblici poteri²⁰⁷.

La giurisprudenza è perciò giunta a riconoscere che, laddove la p.a. agisca *iure privatorum*, si esaurisce la discrezionalità amministrativa, e il giudice, ordinario, che sia chiamato a sindacare l'operato della p.a. nelle trattative, non travalica il limite posto dall'art. 4 LAC, posto che, per dirla con le parole della più autorevole dottrina, "ciò che si chiede al giudice non è di valutare se il soggetto amministrativo si sia condotto da corretto amministratore, ma se si sia condotto da corretto contraente"²⁰⁸.

Raggiunto tale approdo ermeneutico, la giurisprudenza ha, per lungo tempo, ritenuto però di poter applicare tali coordinate unicamente alle ipotesi di trattativa privata, escludendo che, nelle procedure ad evidenza pubblica, potesse ravvisarsi quella relazione specifica tra i soggetti, necessaria ai fini dell'applicazione delle norme del codice civile. In tal senso, posto che la procedura ad evidenza pubblica è volta ad identificare il futuro contraente, che ancora non ha tale qualificazione, i privati sarebbero stati titolari di meri interessi legittimi, laddove solo nelle trattative private si sarebbe potuta riconoscere una posizione pienamente paritetica dell'amministrazione rispetto al privato.²⁰⁹

L'evoluzione giurisprudenziale ha tuttavia mostrato una apertura verso l'applicabilità della disciplina della responsabilità precontrattuale anche nelle

²⁰⁶ Cfr. M.L. CHIARELLA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in www.federalismi.it, 16 novembre 2016, p. 4.

²⁰⁷ Cfr. Cass. Civ., 8 maggio 1963, n. 1142, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1699.

²⁰⁸ Così M. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 457 ss.

²⁰⁹ Cfr. Cass. Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giur. it.* 1998, p. 569

procedura ad evidenza pubblica, secondo un percorso che interessa, dapprima, le sole condotte poste in essere dopo l'aggiudicazione definitiva.

In tal senso, l'intervenuta aggiudicazione, consente infatti di identificare un soggetto specifico con cui l'amministrazione instaura il rapporto, potendo perciò, quanto ai comportamenti posti in essere dalla p.a. successivi ad essa, essere predicata la loro idoneità, per violazione del dovere di correttezza e buona fede, a ledere l'affidamento maturato dall'aggiudicatario circa la conclusione del contratto.

Se infatti è vero che l'amministrazione, come tutti i soggetti dell'ordinamento, nella fase delle trattative, ha in ogni tempo, piena facoltà di recedere da esse, senza che possa configurarsi alcun obbligo legale di contrarre *ex art. 2932 c.c.*, il recesso immotivato che intervenga in una fase avanzata delle trattative, tale da ingenerare il legittimo affidamento circa la conclusione del contratto nella controparte, fonda, anche per la p.a., una responsabilità precontrattuale, e il conseguente dovere di risarcire la controparte ai sensi dell'*art. 1337 c.c.*²¹⁰

In sostanza, si legge nelle pronunce che identificano come spartiacque temporale rilevante in ordine alla configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. nelle procedure ad evidenza pubblica, il momento dell'aggiudicazione definitiva, che "la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione *ex art. 1337 c.c.* non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, mentre non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative."²¹¹

²¹⁰ Cfr. Cons. Stato, 1 marzo 2005, n. 816, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 3, I, p. 827, con nota di R. VENIERO, *Sulle condizioni legittimanti la P.A. all'acquisto di "cosa futura"*.

²¹¹ Così Cons. Stato, Sez. V, 08 settembre 2010, n. 6489, in *Foro amm. CDS*, 2010, 9, p. 1850, che conclude perciò affermando che "non sussiste, quindi, il diritto al risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.* a favore dell'impresa che abbia presentato domanda di partecipazione a una procedura ad evidenza pubblica, che la stazione appaltante abbia revocato in costanza del termine per scadenza delle domande di partecipazione, adducendo motivi finanziari." Tale

Tuttavia, più recentemente, è emerso un diverso orientamento che, nel recepire le critiche dottrinali sul punto, estende la configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. anche a condotte anteriori rispetto alla aggiudicazione definitiva.

In dottrina, con qualche forzatura, si è infatti provato ad attribuire all'intera procedura ad evidenza pubblica una valenza privatistica e, proprio in ragione della prodromicità degli atti della procedura alla stipula di un contratto di diritto privato, momenti quali l'invito alla gara, l'offerta del concorrente e l'aggiudicazione, sono stati qualificati come momenti di una trattativa contrattuale, equiparabili all'invito ad offrire, alla proposta contrattuale e alla accettazione²¹².

E così, nella giurisprudenza amministrativa, è emerso un orientamento, che afferma il principio per cui “la circostanza che la procedura pubblicistica di scelta del contraente avviata non sia ancora sfociata nell'aggiudicazione non vale, di per sé sola, ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione revocante, occorrendo invece all'uopo verificare in concreto la condotta da questa tenuta alla luce del parametro di diritto comune della correttezza nelle trattative (fermo restando, comunque, che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale)”.²¹³

impostazione, quindi, postula la necessità che il privato abbia concretamente già ottenuto effetti vantaggiosi, come l'aggiudicazione, e che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento da lui maturato. In questi termini V. Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393; Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633; TAR Emilia Romagna, Parma, 18 giugno 2012, n. 217, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Da ultimo, V. Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2015 n. 1864, in *www.lexitalia.it*. Nella giurisprudenza della Cassazione, si V. Cass. Civ., sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3, 751.

²¹² Cfr. G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, p. 1677 e ss.

²¹³ Così Cons. Stato, Sez. V., 15 luglio 2013, n. 3831, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 9 settembre. Nella sentenza, quanto alla costruzione dogmatica della procedura ad evidenza pubblica, in piena adesione con l'impostazione dottrinale citata in precedenza, si evidenzia altresì che “la fase di formazione dei contratti pubblici è caratterizzata dalla contestuale

La dottrina ha inoltre evidenziato come l'estensione dell'ambito di applicazione della responsabilità precontrattuale agli atti della procedura ad evidenza pubblica precedenti all'aggiudicazione, permette una miglior salvaguardia anche degli interessi delle imprese e del regolare funzionamento del mercato, altresì proponendo l'argomento europeista, che pone al centro della propria azione siffatti profili, anche in via prioritaria rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico²¹⁴.

Ad ogni buon conto, ciò che emerge chiaramente da entrambi gli orientamenti in discorso, è che il giudice amministrativo pone al centro del suo sindacato non già l'atto con cui l'amministrazione interviene in autotutela a revocare gli atti della procedura ad evidenza pubblica, bensì il comportamento dalla stessa tenuto.

Il principio che la giurisprudenza è ormai giunta ad affermare è perciò quello per cui "il riconoscimento della legittimità della revoca di una gara d'appalto non contraddice l'eventualità di un risarcimento per responsabilità precontrattuale, ma ne fonda anzi la condizione imprescindibile"²¹⁵.

presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale. Il procedimento amministrativo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento, anche quando la p.a. agisce mediante moduli convenzionali, dell'interesse pubblico. Il procedimento negoziale è disciplinato da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contemplan normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a. La presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale predeterminato nei suoi profili procedurali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il "contatto sociale" viene individualizzato con l'atto di aggiudicazione. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l'interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità." Cfr. altresì Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1440, nonché Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2011, n. 4921, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹⁴ Cfr. G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., pp. 333 e ss.

²¹⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, in *Giorn. Dir. amm.*, 2012, 5, p. 493, con nota di L. VITALE, *La revoca degli atti di gara: discrezionalità e dovere di diligenza della p.a.*, secondo il quale l'esercizio del potere di revoca degli atti di gara, proprio perché discrezionale, in considerazione degli effetti lesivi per i suoi destinatari, dovrebbe essere

Nello stesso senso, si è chiarito perciò che non è la legittimità del provvedimento amministrativo ad assumere rilievo, bensì la correttezza del contegno tenuto dall'ente pubblico durante la fase delle trattative e della formazione del contratto, in forza di quanto stabilito dall'art. 1337 c.c.²¹⁶

Invero, la giurisprudenza, ha ormai chiarito la diversità di titolo risarcitorio in presenza di un atto amministrativo di ritiro (sia esso di revoca o di annullamento) degli atti della procedura ad evidenza pubblica, che sia legittimo o, al contrario, illegittimo.

In tal senso, si è affermato che “in caso di illegittimità della revoca, e quindi del suo annullamento, si imporrebbe la ripresa della gara, ovvero il risarcimento per equivalente anche in relazione al mancato utile relativo alla specifica gara revocata”²¹⁷.

Ne consegue che, in ipotesi di provvedimento di secondo grado illegittimo, la responsabilità della p.a. rientrerebbe nella ipotesi della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, attraverso la quale si potrà ottenere il risarcimento per l'interesse positivo del contraente.

assistito da particolari cautele legate al rispetto delle garanzie procedurali. La legittimità di tale potere di revoca dovrebbe inoltre essere verificata anche alla luce dei principi di economicità, considerando l'obbligo dell'amministrazione di corrispondere – a fronte di una revoca legittima – un indennizzo o il risarcimento del danno per violazione del dovere di correttezza e buona fede *ex art. 1337 c.c.* In altri termini, il giudice adito dovrebbe verificare anche se la stazione appaltante, prima di procedere in autotutela, ha comparato i costi connessi all'esercizio della revoca con quelli che sosterebbe non agendo in autotutela.

²¹⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. V., 7 settembre 2009, n. 5245, in *Foro amm. CDS*, 2009, 9, p. 2014 che, con particolare pregio ricostruttivo, delinea le ipotesi di responsabilità precontrattuale della p.a., sia in presenza di annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia, “a) nel caso di revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara; b) per impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento; c) nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura; d) nel caso di revoca dell'aggiudicazione, o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza dei fondi.” La sentenza citata distingue poi l'ipotesi del diniego di aggiudicazione, per il quale vige il principio per cui non incorre in responsabilità precontrattuale l'amministrazione che si sia motivatamente e tempestivamente avvalsa della facoltà, prevista nel bando di gara, di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse comportanti variazioni agli obiettivi perseguiti, poiché non sarebbe ravvisabile alcun comportamento lesivo dell'affidamento, dalla diversa ipotesi di ritiro dell'aggiudicazione, ove è invece ben valutabile una condotta non corretta da parte della p.a. (nel caso di specie, ad es., la stazione appaltante aveva sollecitato l'impresa a predisporre il servizio e le relative forniture tecniche.)

²¹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, *cit.*

Risarcimento che, come anticipato, potrà consistere nella reintegrazione in forma specifica, mediante ripetizione della gara, ovvero per equivalente²¹⁸.

Tale ipotesi esula dalla nostra analisi, poiché non si pone un problema di lesione dell'affidamento, bensì l'ipotesi in discorso attiene alla lesione dell'interesse legittimo pretensivo all'ottenimento del bene della vita, non già a non essere coinvolto in inutili trattative. In altre parole, si rientra nella più tradizionale ipotesi di azione risarcitoria proposta a seguito di un'attività amministrativa illegittima lesiva della situazione giuridica soggettiva del privato, fondata sull'art. 2043 c.c. e che, come tale, è ormai pacificamente ammissibile *ex art. 30, 2 comma c.p.a.*

Sul punto, vale tuttavia ribadire come la giurisprudenza sia ormai giunta a riconoscere che sia configurabile la responsabilità precontrattuale della P.A. anche in presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo. E tuttavia, la fonte di essa non sarà l'illegittimità del provvedimento stesso, bensì la condotta contraria ai doveri di correttezza e buona fede; ed è il danneggiato a scegliere di non chiedere il risarcimento per lesione del bene della vita, bensì per inutile coinvolgimento nelle trattative contrattuali²¹⁹.

Orbene, posto che si è ormai chiarito che ci troviamo in presenza di una piena autonomia tra il giudizio di legittimità dell'atto e quello di correttezza del comportamento, idoneo a fondare una responsabilità risarcitoria *ex art. 1337*

²¹⁸ Cfr. G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra interesse positivo e interesse negativo*, in *Danno e responsabilità*, n. 4/2006, pp. 353 e ss. Peraltro, in punto di determinazione del quantum del risarcimento, si dovrà ulteriormente distinguere tra l'ipotesi in cui il privato dimostri che avrebbe vinto, con certezza, la gara, ovvero la mera probabilità di vincerla. In tal senso, nel primo caso, il risarcimento verrà commisurato al 10% del valore dell'appalto (ammontare equivalente a quello che la P.A. è tenuta a pagare in caso di recesso dal contratto *ex art. 109, comma 1, Codice degli Appalti*), nel secondo caso, invece il risarcimento verrà commisurato alle *chance* perdute, ottenendo un risarcimento del danno pari al profitto che avrebbe conseguito dall'esecuzione dell'appalto moltiplicato per la probabilità di vittoria (cfr. Cons. Stato, 22 giugno 2006, n. 3851; Cons. Stato, 30 agosto 2005, n. 4423) ovvero con liquidazione equitativa (Cons. Stato, 6 ottobre 2004, n. 6491; Cons. Stato, 16 gennaio 2006, n. 86; Cons. Stato 11 ottobre 2006, n. 6059). (Cfr. M.L. CHIARELLA, *op. cit.*, p. 17). Evidenzia altresì la distinzione tra titoli di responsabilità della P.A., da valutarsi come precontrattuale ovvero come aquiliana, con le correlate differenze quanto a modalità operative e danni risarcibili, in base alla legittimità o meno del provvedimento, A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2012, pp. 144 ss.

²¹⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, in *www.lexitalia.it*.

c.c., nonché che le principali ipotesi applicative, *in subiecta materia*, attengono ad ipotesi di revoca degli atti della procedura ad evidenza pubblica per ragioni di interesse pubblico (e.g. mancanza di copertura finanziaria), si deve valutare allora il rapporto tra indennizzo *ex art. 21 quinques*, ampiamente analizzato nel capitolo precedente, spettante al privato per le ipotesi di revoca legittima ma pregiudizievole, e il risarcimento del danno precontrattuale.

In forza dei presupposti ora descritti, la giurisprudenza ha chiarito che sarà egualmente scrutinabile, sotto il profilo del dovere di correttezza e buona fede, la condotta della p.a. che abbia, pur legittimamente, revocato la procedura; poiché, in presenza di violazione dei detti canoni, il privato potrà ottenere il risarcimento del danno nella misura “del c.d. interesse negativo rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso della trattativa e dalla perdita di occasioni per la stipulazione di ulteriori contratti”.²²⁰

Conseguentemente, laddove dovesse essere riscontrata la violazione dei doveri di correttezza da parte della p.a., pur nella legittimità dell’azione amministrativa, il privato potrà ottenere il risarcimento del danno precontrattuale, pari al danno emergente più la perdita della chance contrattuale alternativa. Differentemente, laddove il comportamento della p.a. non sia censurabile sul piano della buona fede, il privato potrà ottenere il solo indennizzo previsto dall’art. 21 *quinques*, che, come visto sopra, è parametrato al solo danno emergente.

Tuttavia, nella prima ipotesi, ed a differenza della seconda, il privato sarà tenuto a fornire la prova dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa, in capo alla pubblica amministrazione²²¹.

²²⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro amm.- Cons. St.*, 2005, p. 2515.

²²¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, *cit.*, che, dopo aver ricostruito le tre ipotesi fondamentali di responsabilità precontrattuale (recesso ingiustificato dalle trattative, contratto invalido conoscendo la causa di invalidità, contratto “valido ma dannoso”), in punto probatorio chiarisce che “In relazione a tutte le fattispecie riportate assume rilevanza, inserendosi la responsabilità precontrattuale nel più ampio genus della responsabilità civile *ex art. 2043 cod. civ.*, anche la colpa.” In dottrina, adesiva a tale impostazione, V. R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole dell’azione amministrativa al vaglio della giurisprudenz, cit.*, p. 395.

Tale ultima affermazione merita tuttavia una ulteriore specificazione, che involge la natura giuridica della responsabilità precontrattuale.

Non è all'evidenza possibile approfondire la tematica in questa sede, ma soprattutto alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia, è opportuno farne un breve cenno.

Secondo un primo maggioritario orientamento, la responsabilità precontrattuale dovrebbe essere ascritta al *genus* di quella extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c.. In tal senso, infatti, non vi sarebbe alcun vincolo obbligatorio tra le parti già sorto durante le trattative.²²²

Secondo una diversa impostazione, si tratterebbe invece di una responsabilità contrattuale, in particolare da “contatto sociale qualificato”, la cui teorica, come noto, si fonda sull'inciso finale dell'art. 1173 c.c., ascrivendola perciò alle obbligazioni fondate “su altri atti o fatti idonei a produrle secondo l'ordinamento giuridico”²²³.

Tale orientamento è stato da ultimo sostenuto, con particolare sforzo argomentativo, dalla I Sezione della Corte di Cassazione, che, nel ritenere di dover aderire alla seconda impostazione, qualifica la responsabilità precontrattuale come una forma di responsabilità “ai confini tra contratto e torto”, in quanto radicata in un “contatto sociale” tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è “qualificato” dall'obbligo di “buona fede” e dai correlati “obblighi di informazione e di protezione” (...) positivamente sanciti dagli artt. 1175 e 1375”. Così facendo, gli ermellini descrivono l'esistenza “di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poiché

²²² Cfr., proprio in materia di responsabilità precontrattuale della p.a., Cass. Civ., Sez. III, 05 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e resp.*, 2005, p. 597; Cass. Civ., sez. III, 29 luglio 2011, n. 16735, in *Giust. civ.*, Mass. 2011, 9, p.1228; Cass. Civ., sez. I, 03 luglio 2014, n. 15260, in *Foro it.*, 2015, 2, I, p. 643.

²²³ Cfr. Cass. Civ., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Contratti pubblici*, n. 454; Cass. Civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa e dir. privato*, n. 4/2012, pp. 1227 ss. con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*.

ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c.”²²⁴.

Sulla scia di tali premesse, l'orientamento in discorso afferma allora che l'elemento qualificante della responsabilità precontrattuale, non è più la colpa, bensì la violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti. Ne discende che la responsabilità per il danno cagionato da una parte all'altra, in quanto ha la sua derivazione nella violazione di specifici obblighi (buona fede, protezione, informazione) precedenti a quelli che deriveranno dal contratto, se ed allorquando verrà concluso, e non dal generico dovere del *neminem laedere*, non può che essere qualificata come responsabilità contrattuale.

Così brevissimamente riassunto il dibattito, ai nostri fini interessa, in particolare, rilevare che, se si dovesse seguire tale seconda impostazione, non sarebbe più onere del privato fornire dimostrazione dell'elemento soggettivo sussistente in capo alla pubblica amministrazione, poiché troverebbe applicazione il più favorevole regime della responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, nonché ogni altro elemento qualificante tale disciplina, come, ad es., il decennale termine di prescrizione del diritto.

In ordine infine al *quantum* del risarcimento in sede di responsabilità precontrattuale, è principio consolidato in giurisprudenza quello per cui “il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, conseguente alla mancata stipula del contratto, deve intendersi limitato al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente) ed al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedito proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto.”²²⁵

²²⁴ Così Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, 6, p. 1942, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e “contatto sociale qualificato”*.

²²⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 06 giugno 2008, n. 2680, in *Foro amm. CDS*, 2008, 6, p. 1715.

Seguendo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 6/2005 sopra citata quindi, la giurisprudenza limita la risarcibilità del danno precontrattuale al c.d. interesse negativo, individuabile nelle due voci del danno emergente e del lucro cessante²²⁶.

Quanto, in particolare, alla perdita di ulteriori *chance* contrattuali, la giurisprudenza richiede, in particolare che, “il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva (nella specie: revoca dell'aggiudicazione) e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto (nella specie: aggiudicazione di altri appalti) e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita (della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta).”²²⁷

Alla luce di tutto quanto sin qui affermato, in ambito contrattuale, la tutela dell'affidamento del privato è perciò approntata dallo strumento del risarcimento del danno c.d. precontrattuale. In altre parole, in presenza di una fattispecie che conduca alla stipulazione di un contratto, potendosi, come visto, abbracciare anche l'ipotesi degli atti della procedura ad evidenza pubblica, ciò che il privato può vantare è l'interesse a non essere coinvolto in inutili trattative.

²²⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, *cit.*, che specifica che “quanto alle voci di danno catalogabili come afferenti al lucro cessante, occorre, innanzitutto, escludere quelle ascrivibili al mancato conseguimento dell'utile d'impresa, in quanto riferite al c.d. interesse positivo che, come tale, non può essere risarcito in una fattispecie di responsabilità precontrattuale. In ordine alla richiesta di risarcimento del danno da perdita di chances (integrata dal fallimento di favorevoli ed alternative occasioni contrattuali), appare necessario operare una preliminare ricognizione delle condizioni costitutive del relativo diritto.”

²²⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, *cit.* Con ulteriore impegno argomentativo, Cons. Stato., Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662, in www.lexitalia.it, ritiene che “l'esame della sussistenza del danno da perdita di chance interviene: - o attraverso la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori; - o attraverso una articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza; - ovvero ancora attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. 'più probabile che non' (Cass. civ., n. 22022/2010), e cioè 'alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali' (Cass., sez. III civ., n. 22837/2010)”.

In ciò, quindi, si sostanzia la posizione di affidamento nella presente fattispecie: un vero e proprio diritto soggettivo a non intrattenere rapporti contrattuali infruttuosi, per effetto di un comportamento dell'amministrazione contrario ai doveri di correttezza e buona fede, fondato sul disposto degli artt. 1337 e 1338 c.c.

3. L'attività autoritativa della p.a. La natura giuridica dell'affidamento lesivo meritevole di tutela.

Ciò chiarito in tema di responsabilità della p.a. nello svolgimento di attività preparatoria alla stipulazione del contratto – peraltro ritenendo condivisibili gli approdi giurisprudenziali più recenti volti ad estendere l'idoneità di tutti gli atti (*rectius*: i momenti) della procedura ad evidenza pubblica a fondarla – la problematica si inasprisce laddove si esca dall'ambito contrattuale, per entrare in quello provvedimento tipico dell'attività della p.a.

A ben vedere infatti, non si pongono particolari problemi ad ammettere la responsabilità precontrattuale della p.a., una volta chiarito che, laddove essa agisca *iure privatorum*, è soggetta alle generali regole del codice civile, ivi comprese quelle stabilite dagli artt. 1337 e 1338 c.c.

In altre parole, come visto in apertura di lavoro, la lesione dell'affidamento che uno dei contraenti ha riposto nella conclusione del contratto, frustrato dalla controparte, riceve piena considerazione dalla normativa civilistica, senza necessità perciò di sforzi interpretativi o, meglio, integrativi, di una qualche lacuna che l'ordinamento presenterebbe. Al più, come si è visto, lo sforzo interpretativo è servito per qualificare correttamente, in chiave pseudo-privatistica, tutti gli atti della procedura ad evidenza pubblica prodromici alla stipulazione del contratto.

Ben diversa è, però, la fattispecie dell'attività provvedimento, ove il procedimento non mira alla stipulazione di un contratto, bensì all'emanazione di un atto autoritativo, del quale il privato è destinatario, e, quanto agli atti

ampliativi della sfera giuridica, rispetto al quale egli mira al conseguimento di un bene della vita.

Come visto anche sopra, il terreno di elezione, in cui certamente un affidamento viene in rilievo, è quello della emanazione da parte della p.a. di un provvedimento favorevole ma illegittimo, che venga poi autoannullato.

Posto che si è detto che l'affidamento entra nel bilanciamento degli interessi in gioco, e che di tale giudizio deve esserne dato conto nella motivazione del provvedimento di riesame, ci si deve chiedere se, pur in caso di provvedimento di secondo grado legittimamente adottato, l'affidamento del privato possa ricevere una qualche forma di tutela.

Sembrerebbe porsi quindi una questione, anche in questa fattispecie, di comportamento dell'amministrazione, contrario ai doveri di correttezza e buona fede, non di legittimità dell'atto.

Ed è su tali basi, che sono cominciate ad emergere posizioni che hanno ritenuto di poter estendere la logica della responsabilità precontrattuale sopra esposta anche alla attività prettamente provvedimento della pubblica amministrazione²²⁸.

Rispetto ad una ricostruzione siffatta, si deve però evidenziare come non sia rinvenibile alcuna responsabilità precontrattuale in senso tecnico, posta l'assenza di un contratto conclusivo del procedimento, nonché la mancanza di posizione di parità tra le parti.

Come rilevato in dottrina, non possono trovare diretta applicazione gli artt. 1337 e 1338 c.c. in tema di attività autoritativa della p.a., mancando vere e proprie trattative prenegoziali nella presente fattispecie²²⁹.

A nostro avviso, non pare sussista nemmeno quella reale similitudine che giustificerebbe l'applicazione analogica di dette norme all'ipotesi in discorso,

²²⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2003, n. 204, in *Giur. it.*, 2003, p.794, nella quale viene descritto come la posizione soggettiva dell'amministrato, rispetto all'annullamento di un provvedimento favorevole, si qualifica in termini di pretesa al buon esito del procedimento, con conseguenziale diritto al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale e per inadempimento delle obbligazioni da parte della p.a. nel caso di illegittimità dell'atto amministrativo.

²²⁹ Cfr. S. ANTONIAZZI, , *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 183-187.

posto che non vi sarebbe affinità di *ratio* nell'applicazione degli articoli del codice civile fondanti il sistema della responsabilità precontrattuale, stante la non pariteticità tra i soggetti coinvolti nel procedimento amministrativo e la necessità di considerazione del doveroso perseguimento dell'interesse pubblico da parte della p.a.²³⁰.

Ciò non implica necessariamente che l'affidamento del privato non possa trovare tutela; comporta però che non può essere la strada della responsabilità precontrattuale in senso tecnico quella da seguire per accordargliela²³¹.

Così come, ad avviso di chi scrive, non è condivisibile la prospettazione, proposta in dottrina, di ricondurre la responsabilità della p.a., per lesione dell'affidamento del privato, all'inadempimento di obblighi di correttezza, che sarebbero così applicabili ad ogni rapporto tra privato e p.a. In questa logica, il combinato disposto degli artt. 1173, 1175 e 1218 del codice civile si estenderebbe a tutta l'attività amministrativa, determinando perciò, in caso di violazione del dovere di buona fede, una responsabilità contrattuale della p.a.²³², nella logica, che peraltro si avvicina alla tesi della responsabilità precontrattuale in senso tecnico, del c.d. contatto sociale qualificato²³³.

In senso critico, è stato infatti rilevato che il rapporto amministrativo, connotato dalle situazioni giuridiche di potere-interesse, si caratterizza per una

²³⁰ Sul ragionamento analogico V. N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, p. 4, che spiega come, in logica, si definisca ragionamento analogico quel ragionamento in cui, opposti due termini in somiglianza tra loro, si estende all'uno il predicato dell'altro, secondo la formula: S è simile a M; M è P; S è P.

²³¹ A meno di non voler affermare che "tanto peggio per i fatti, se non si accordano con la teoria!". La frase è attribuita tradizionalmente a G.W.F. Hegel, ed è ormai entrata nella letteratura filosofica, per descrivere il prevalere dell'ideologia su un approccio realistico (Cfr. D. ANTISERI, *Introduzione alla metodologia della ricerca*, Soveria Mannelli, 2005, pp. 68-69).

²³² Cfr. G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo*, Milano, 2003.

²³³ Circa la qualificazione, in via generale, della responsabilità della p.a. quale responsabilità da contatto sociale qualificato V., senza pretesa di esaustività, M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2005, pp. 1005 e ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, pp. 270 e ss.; S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Rass. Cons. St.*, 2000, II, pp. 2037 e ss. Più in generale, in tema, V. C. CASTRONUOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

complessità maggiore di quello privatistico, poiché, accanto al dovere di considerazione delle situazioni soggettive che si interfacciano col potere della p.a., quest'ultima deve altresì rispettare i canoni di economicità, efficacia e pubblicità, nonché postulerebbe un'autonomia del principio di affidamento che esso non avrebbe.²³⁴

In questa logica però, numerosi sforzi sono stati compiuti, in giurisprudenza, per cercare di costruire un sistema che attribuisca rilievo al legittimo affidamento maturato dal privato in forza di un provvedimento amministrativo illegittimo, poi oggetto di annullamento.

Il percorso interpretativo condotto si emancipa dalla ricerca di un contatto sociale o di una forma di responsabilità precontrattuale, per abbracciare la logica della più generale responsabilità extracontrattuale, per lesione, in altre parole, di interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 2043 c.c. e del suo requisito di danno ingiusto (*contra ius*)²³⁵.

Si impone ora perciò di analizzare *funditus* tale evoluzione, invero dibattuta al suo interno, sì da comprendere poi quale tutela possa essere accordata al legittimo affidamento in questa direzione e se esso possa aver assunto una vera autonomia nel nostro ordinamento, andando a definire la sua qualificazione giuridica.

3.1. Il dibattito. La tesi maggioritaria...

In particolare, la questione inerente la natura giuridica della posizione del privato lesa in presenza di un provvedimento favorevole, poi annullato perché illegittimo, senza voler effettuare un'analisi diacronica troppo risalente²³⁶,

²³⁴ Cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, cit., p. 183-184, che richiama anche, a fondamento, la più generale posizione di F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 4060 e ss.

²³⁵ La tesi era stata prospettata in dottrina da R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio della responsabilità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2003, p. 68.

²³⁶ Ci si intende riferire al contrasto insorto tra la sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione, 23 gennaio 2006, n. 1207, che aveva sostenuto che "qualora non venga in contestazione il

risulta essere stata scrutinata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con le note tre ordinanze gemelle del 2011²³⁷

La tesi sostenuta dalla Suprema Corte in tali circostanze, ritiene di dover qualificare la posizione di legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. quale autonomo diritto soggettivo. In tal senso perciò, la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte per lesione di detta posizione spetterebbe al giudice ordinario, secondo le ordinarie regole di riparto.

Gli argomenti su cui tale tesi fa leva muovono, innanzitutto, dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 204 del 2004²³⁸, ritenendo che, in dette ipotesi, la pubblica amministrazione non agisca in veste di autorità. Invero, non sarebbe il provvedimento amministrativo favorevole ad essere fonte del danno poiché illegittimo, bensì esso sarebbe da inserirsi in un più generale comportamento scorretto della amministrazione, questo sì, fonte del danno sofferto dal privato. E poiché il risarcimento del danno non è una autonoma materia di giurisdizione esclusiva, le domande risarcitorie dovrebbero essere proposte innanzi al giudice amministrativo unicamente laddove fossero volte a ristorare un danno da provvedimento illegittimo. D'altronde, ritiene la Cassazione, l'annullamento retroattivo del provvedimento ne fa venir meno gli effetti *ex tunc*, perciò il danno lamentato dal soggetto non deriverebbe dal provvedimento stesso, bensì dal comportamento privatistico della P.A.

La ricostruzione proposta dalla Corte di Cassazione pare essere stata fatta propria anche dal Consiglio di Stato. In tal senso, la V Sezione, con la sentenza

legittimo esercizio dell'attività amministrativa – come avviene nel caso in cui l'atto amministrativo sia stato annullato o revocato (...) – l'azione risarcitoria rientra nella giurisdizione generale del giudice ordinario, non operando nella specie la connessione legale fra tutela demolitoria e tutela risarcitoria”, e la sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 febbraio 2006, n. 2, ove si legge, al contrario, che “la regola della concentrazione davanti al giudice dell'impugnazione, anche della cognizione della pretesa riparatoria, non conduce ad una diversa soluzione, quando la controversia sul risarcimento sia prospettata con autonomo, e successivo, ricorso, ossia dopo che il giudizio sul provvedimento si sia concluso e la relativa decisione sia passata in giudicato”.

²³⁷ Cass., Sez. Un., 23 aprile 2011, nn. 6954, 6955, 6956, in *Foro it.*, 2011, I, 2387 ss., con nota critica di A. TRAVI, *Annulamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*. Condivide, al contrario, la tesi sostenuta dalle S.U., R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 5, 2011.

²³⁸ Vedila in *Dir. proc. amm.*, 2004, 799, con note di V. CERULLI IRELLI e R. VILLATA.

17 gennaio 2014, n. 183²³⁹, si premura di distinguere due possibili tipologie di domande risarcitorie avanzate dal privato in caso di provvedimento amministrativo favorevole, poi annullato poiché illegittimo. Da un lato, infatti, il privato potrebbe dolersi della illegittimità del provvedimento favorevole annullato: dall'altro potrebbe lamentare la – invero diversa – lesione del proprio affidamento, legittimamente maturato nei confronti dell'attività amministrativa posta inizialmente in essere, poi frustrato dal successivo annullamento.

E allora, poste tali premesse, il Consiglio di Stato ritiene, affermando l'omogeneità di tale soluzione rispetto all'orientamento sopra citato espresso dalle Sezioni Unite, come solo nel primo caso si faccia questione di lesione dell'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo; nella seconda ipotesi invece, riprendendo l'insegnamento della giurisprudenza del G.O., la posizione giuridica soggettiva che si assume lesa sarebbe qualificabile in termini di diritto soggettivo, poiché, in buona sostanza, una volta annullato, il provvedimento amministrativo sarebbe *tamquam non esset* e perciò il danno sofferto, neppure mediatamente, riconducibile all'esercizio del potere amministrativo, con esclusione della giurisdizione del G.A.

In definitiva, si legge, nelle pronunce amministrative che condividono tale impostazione, che “appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda di risarcimento del privato per la lesione dell'affidamento in lui ingenerato dalla legittimità di atti amministrativi di cui era stato beneficiario e che poi sono stati annullati in sede giurisdizionale o anche in autotutela, in quanto tale giudizio s'incentra sulla violazione del dovere del *neminem laedere*, che prescinde dalla natura pubblica o privata dell'agente e della sua attività”,²⁴⁰.

²³⁹ In *Danno e resp.*, 2014, 10, 939 ss., con nota critica di M. MAZZOLA, *Ingiustizia del danno e antigiuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*.

²⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 165 nonché Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2013, n. 4059. Merita riportare un ulteriore passaggio argomentativo, espresso da TAR Calabria, Reggio Calabria, 8 gennaio 2013, n.1, ove si legge che “la situazione di colui che, in forza di un interesse pretensivo, consegue, tramite il necessario provvedimento amministrativo,

Tale orientamento ha peraltro trovato ulteriore e nuova linfa nella ordinanza n. 17586 del 2015, con la quale le Sezioni Unite della Cassazione hanno ribadito la propria posizione in materia, arricchendola di spunti argomentativi²⁴¹.

In particolare, gli ermellini sostengono che “non è allora sostenibile che, quando il provvedimento richiesto sia attribuito dalla pubblica amministrazione al privato in forza di un agire illegittimo, si verifichi una lesione dell'interesse legittimo posto a fondamento della richiesta di emissione del provvedimento: tale lesione non può essersi verificata perché l'interesse risulta soddisfatto e perché dunque, essendo l'interesse legittimo fatto valere un interesse alla sua soddisfazione e non al provvedere su di esso in modo legittimo, l'ingiustizia cui allude l'art. 2043 manca nei riguardi del beneficiario”.

Altro fondamentale assunto della pronuncia della Cassazione, su cui, si anticipa, in queste pagine si spenderanno alcune considerazioni critiche, afferma che “ciò che il privato, a seguito della nuova situazione determinatasi,

il bene della vita cui aspirava, e poi, a causa dell'illegittimità del medesimo provvedimento amministrativo, perde tale disponibilità, non ha tutela giuridica nei termini di risarcimento del danno dell'interesse legittimo di fronte al giudice amministrativo, perché la posizione di vantaggio che viene a mancare era scaturita da un'azione amministrativa idonea a produrla. Invece, sotto il profilo dell'ingiusta lesione dell'aspettativa, il provvedimento illegittimo, mentre (essendo stato posto nel nulla) non ha più effetto ampliativo, continua a rilevare esclusivamente quale mero comportamento degli organi che lo hanno adottato, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito, per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento (avendo questo il diritto di fare affidamento sulla correttezza dell'azione amministrativa) di poter legittimamente fruire del bene della vita che ne formava oggetto. La tutela dell'affidamento va ricondotta al paradigma generale dell'art. 2043 c.c. anche in punto di giurisdizione: viene, infatti, in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni dirette sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento universali, il cui contenuto non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa i principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza”. V., da ultimo, adesiva a tale orientamento, TAR Abruzzo, L'Aquila, 19 marzo 2015, n. 192. Tutte le pronunce sono reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴¹ Cfr. Cass., S.U., 4 settembre 2015, n. 17586, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.2, 2016, pag. 564, con nota critica di C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*.

denuncia è, in realtà, la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio”²⁴².

Le Sezioni Unite si preoccupano inoltre di escludere che, neppure in presenza di controversie ricomprese tra le materie di cui all'art. 133 c.p.a., possa radicarsi la giurisdizione del giudice amministrativo, *sub specie* di giurisdizione esclusiva, nella quale, per l'appunto, al g.a. è devoluta anche la cognizione dei diritti soggettivi, alla cui categoria la Cassazione ha ricondotto il legittimo affidamento.

Ebbene, a tal proposito, argomenta il supremo consesso, come “non viene in rilievo una controversia su una questione di diritto soggettivo per come la suppone, secondo le espressioni usate, l'art. 7, comma 1, c.p.a., cioè una controversia relativa all'esercizio del potere amministrativo: e ciò né riguardo ad un provvedimento né riguardo ad un atto né riguardo ad un comportamento mediatamente riconducibile all'esercizio di quel potere”²⁴³.

²⁴² Per maggiore chiarezza, si riportano alcuni passaggi particolarmente rilevanti della pronuncia in discorso. “Essa (la lesione della integrità del patrimonio) emerge sotto il profilo dell'aver egli sopportato perdite e/o mancati guadagni a causa dell'agire della p.a. concretatosi nell'illegittima emissione del provvedimento, peraltro non già considerata sic et simpliciter come tale, cioè solo per la sua illegittimità, bensì in quanto, per le circostanze e le modalità concrete in cui l'agire illegittimo della p.a. concretatosi nell'adozione del provvedimento si è verificato, risulti che esso è stato idoneo sul piano causale a determinare un suo affidamento nella legittimità del provvedimento e quindi nella conservazione del beneficio attribuito dal provvedimento illegittimo e nella conseguente legittimità dell'attività (onerosa per patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si riveli, in quanto anch'essa travolta dalla sua illegittimità, come attività inutile e, dunque, fonte - in quanto onerosa - di perdite o mancati guadagni”.

²⁴³ Prosegue sul punto l'ordinanza, chiarendo che “infatti, si deve in primo luogo considerare che tale controversia non si configura più, in quanto il modo di essere del potere risulta definitivamente accertato dalla decisione definitiva emessa in sede giurisdizionale o dal provvedimento di autotutela ormai consolidato. E ciò, nonostante il riferimento ai comportamenti anche mediatamente riconducibili all'esercizio del potere presente nell'art. 7, comma 1, atteso che esso sottende sempre che la controversia da introdursi dinanzi al g.a. concerne l'esercizio o il mancato esercizio del potere e, nel caso di mancanza del provvedimento o dell'atto, che il comportamento sia almeno astrattamente riconducibile ad un potere che non si doveva esercitare o che si doveva esercitare, ma sempre - è questo il dato che evidenzia il comma 1 dell'art. 7 - alla condizione che si controverta sull'esistenza delle condizioni per l'esercizio o il mancato esercizio e, quindi, sul potere della p.a. L'agire dell'amministrazione che viene in rilievo nella fattispecie dell'affidamento incolpevole da adozione di provvedimento favorevole illegittimo poi rimosso viene, invece, introdotto come fatto costitutivo della relativa azione senza che si evidenzia in alcun modo una controversia sull'esercizio o sul mancato esercizio del potere dell'amministrazione stessa”.

L'orientamento in esame è stato nuovamente ribadito e confermato da successive pronunce delle Sezioni Unite, dovendo perciò essere qualificato come vero e proprio diritto vivente, anche alla luce della sempre maggiore esigenza, da più parti manifestata, di *stare decisis*, rispetto alle decisioni della Cassazione, soprattutto a Sezioni Unite, in ragione della funzione nomofilattica ad essa attribuita dalla legge²⁴⁴.

Volendo sintetizzare, la Cassazione e la giurisprudenza che ne condivide l'impostazione, riconoscono quindi piena cittadinanza e tutela alla posizione di affidamento del privato, inquadrandolo come vero e proprio diritto soggettivo, che, per effetto di un comportamento scorretto della p.a., subisce una lesione ingiusta. Come tale, può venire allora in rilievo la responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., con doveroso onere del privato, però, di provare tutti gli elementi che costituiscono l'illecito aquiliano.

Tuttavia, si anticipa, il riconoscimento di una responsabilità risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* è, a nostro avviso, l'unico aspetto condivisibile dell'orientamento in discorso, non potendosi condividere la qualificazione in termini di autonomo diritto soggettivo, tanto meno all'integrità patrimoniale.

3.2. (*segue*)...la tesi minoritaria.

La ricostruzione giurisprudenziale fin qui descritta, non è condivisa da un orientamento, allo stato minoritario, emerso nella giurisprudenza di alcuni tribunali amministrativi, e da un consistente filone dottrinale, i quali evidenziano la sua inadeguatezza, tanto sul piano pratico, quanto su quello

²⁴⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, ord., n. 15640, in www.giustizia-amministrativa.it, e Cass., Sez. Un., 2 agosto 2017, ord., n. 19170, in www.lexitalia.it, che ribadisce il principio per cui la domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale *ex art. 2043 cod. civ.*, rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole. Nella giurisprudenza amministrativa si V., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 293, in www.giustizia-amministrativa.it.

teorico, pur condividendo la applicabilità di una tutela risarcitoria per l'affidamento leso in siffatte ipotesi.

Sul piano pratico, si rileva come, essendo il provvedimento amministrativo favorevole per un soggetto, questo potrebbe essere ritenuto lesivo della propria sfera giuridica da altro soggetto. E quindi la giurisdizione, seguendo la posizione della giurisprudenza di Cassazione, varierebbe a seconda del soggetto che proponesse la domanda risarcitoria.

Volendo esemplificare, in materia edilizia il proprietario del fondo vicino a quello del soggetto che abbia ricevuto un permesso di costruire che ritenga di esperire azione risarcitoria autonoma – oggi possibile ai sensi dell'art. 30 c.p.a. – dovrebbe adire il giudice amministrativo. Al contrario, laddove la domanda risarcitoria dovesse essere proposta dal destinatario del provvedimento inizialmente da esso favorito e poi pregiudicato dal suo annullamento, essa dovrebbe essere proposta innanzi al giudice ordinario.

In altre parole, la soluzione, come rilevato dal TAR Lombardia, Milano, in una brillante pronuncia, appare insoddisfacente, poiché “innanzitutto, si consente a due giudici diversi di pronunciare su questioni quasi identiche, con possibilità di contrasto fra giudicati; in secondo luogo, si moltiplicano i giudizi riguardanti un'unica vicenda, essendo il controinteressato soccombente nel giudizio impugnatorio costretto a proporre, per ottenere il risarcimento del danno, un nuovo giudizio dinanzi al giudice ordinario”²⁴⁵.

Merita in questa sede subito specificare che la ragione pratica richiamata da tale orientamento, pur se di per sé inidonea a fornire un argomento decisivo, non è argomento privo di pregio giuridico.

In tal senso, infatti, la concentrazione processuale tra domande diverse, anche proposte da soggetti diversi, ma aventi ad oggetto la stessa *causa petendi*, è uno degli obiettivi che si sono perseguiti nella recente legislazione processuale, attuata da ultimo col codice del processo amministrativo (D.lgs. n. 104/2010). È infatti questo obiettivo che emerge dall'art. 7 c.p.a., nella parte

²⁴⁵ V. TAR Lombardia, Milano, 20 gennaio 2015, n. 218, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso, vedi anche T.A.R. Toscana, Sez. III, 24 agosto 2015, n. 1168, sempre in www.giustizia-amministrativa.it.

in cui attribuisce alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie involgenti, anche mediatamente, l'esercizio di poteri amministrativi.

D'altronde, la attribuzione alla giurisdizione di un unico giudice di domande involgenti la stessa fattispecie risponde al principio dell'effettività della tutela, oggi peraltro in fase di sempre maggiore ampliamento, alla luce della giurisprudenza europea. Appaiono condivisibili sul punto dunque, le considerazioni svolte in dottrina circa la riduttività della lettura proposta dalle S.U. di Cassazione del rapporto potere/risarcimento, idonea a pregiudicare anche l'iter evolutivo compiuto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della stessa Corte di Cassazione²⁴⁶.

Chiarito quindi come non appaia irrilevante il richiamo all'argomentazione pratica sopra descritto, ancor più interessante appare l'argomentazione teorica che anima l'orientamento qui in esame.

In particolare, il principio statuito da dette pronunce afferma che “l'affidamento arricchisce il contenuto delle situazioni giuridiche che fanno capo ai soggetti che sono parti di un rapporto giuridico, assumendo contenuto e qualificazione diversi a seconda delle diverse situazioni sulle quali esso incide. In particolare, nel rapporto giuridico tra potere autoritativo da una parte e interesse legittimo dall'altra, è a questa situazione giuridica soggettiva che l'affidamento inerisce, arricchendola”.

E, quale conseguenza, “la lesione dell'affidamento provocato dall'esercizio scorretto del potere determina sempre la lesione della situazione giuridica sostanziale tipica che si instaura fra il cittadino e la p.a., quando la seconda esercita le proprie potestà pubblicistiche, vale a dire l'interesse legittimo; senza che possa distinguersi (e senza che tale distinzione sia utile ai fini risarcitori) fra il caso in cui l'esercizio scorretto del potere abbia

²⁴⁶ V. M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.federalismi.it.

determinato la reiezione di un'istanza e quello in cui ne sia invece conseguito l'accoglimento”²⁴⁷.

Conseguenza processuale di tale considerazione sarebbe la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto domande risarcitorie per lesione dell'affidamento maturato dal privato nei confronti di un provvedimento favorevole ma illegittimo, essendo tale posizione invero inestricabilmente connessa all'interesse legittimo sottostante.

4. Un apporto alla ricostruzione della natura dell'affidamento.

Così riassunto il dibattito, si pone, in buona sostanza, la necessità di comprendere se, come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, il privato vanta un diritto soggettivo fondato sul dovere di comportamento secondo buona fede dell'amministrazione che si assume violato, ovvero se tale dovere permei i rapporti tra privato e p.a. unicamente nel senso di integrare la basilare situazione giuridica soggettiva che il privato vanta, *i.e.* l'interesse legittimo.

Chiarito come il danno derivi al privato dall'adozione di un provvedimento favorevole illegittimo, non già dal suo annullamento, ad avviso di chi scrive, la lesione che si realizza in capo al destinatario dell'attività amministrativa si manifesta in rapporto all'interesse legittimo che egli vanta rispetto al conseguimento del bene della vita.

Sembra, in realtà, doversi riconoscere come sia la oggi acclarata natura sostanziale dell'interesse legittimo a imporre tale considerazione²⁴⁸. In tal senso, il primo provvedimento, era solo apparentemente favorevole per il privato, ma, a ben vedere, inidoneo a soddisfare il suo interesse al conseguimento del bene della vita.

²⁴⁷ Cfr. TAR Lombardia, Milano, n. 218/2015, *cit.*

²⁴⁸ Ci si intende riferire alla posizione, ancora attuale, di M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1994, p. 96, per il quale l'interesse legittimo è “posizione di vantaggio in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo, consistente nell'attribuzione di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, di modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità”.

E' questo il passaggio argomentativo che pare essere cruciale nella soluzione della problematica in esame.

Se l'interesse legittimo rappresenta quella posizione di vantaggio del privato al conseguimento del bene della vita cui egli anela, allora non si comprende come possa affermarsi che il suo interesse non sia stato frustrato dal provvedimento illegittimo della p.a.

In questi termini allora, si deve rilevare come appare operare una inversione logico-dogmatica l'affermazione contenuta nell'ordinanza delle Sezioni Unite n. 17586 del 2015, laddove afferma che sarebbe corretto sostenere la tesi, allo stato minoritaria e qui condivisa, "solo se l'interesse legittimo pretensivo si identificasse come situazione giuridica non già con l'interesse all'emanazione del provvedimento favorevole (sebbene all'esito dell'esercizio del potere della p.a.) e, dunque, in un interesse da soddisfarsi con la sua adozione se ne sussistano le condizioni, bensì nel mero interesse a che la p.a. provveda sulla richiesta esercitando un'attività legittima".

Al contrario, ciò che permea di contenuto l'interesse legittimo, nella sua prospettiva sostanziale, è l'interesse al conseguimento definitivo del bene della vita, essendo del tutto indifferente – per il privato - che l'amministrazione glielo attribuisca legittimamente²⁴⁹.

²⁴⁹ In senso critico rispetto a questa impostazione si V. C.E. GALLO, *op. cit.*, che, nel criticare la decisione della Cassazione, sostiene però che "l'interesse legittimo, inoltre, è correlato al legittimo esercizio del potere, nel senso che lo richiede, poiché nel nostro ordinamento (come in qualunque ordinamento giuridico), non è ipotizzabile che vi sia una posizione di vantaggio che possa essere acquisita e mantenuta anche se è frutto di un'attività illecita o comunque contrastante con il diritto: anche nei rapporti tra privati, la posizione di vantaggio in tanto è riconosciuta in quanto corrisponda alle regole fissate dall'ordinamento(...). Il collegamento della posizione del cittadino con la legittimità dell'attività amministrativa, il riconoscimento cioè che vi è una posizione giuridica del privato rispetto all'attività amministrativa che lo riguarda, con la sottolineatura però che questa posizione corrisponde innanzitutto alla pretesa che l'amministrazione rispetti la legge dalla quale la posizione del cittadino è tutelata, non è revocabile in dubbio". A nostro avviso, tali considerazioni sono certamente condivisibili, ma non inficiano quanto in queste pagine affermato, poiché è chiaro che il privato non potrà conseguire il bene della vita se non legittimamente, ma non è men vero che il suo interesse è quello alla acquisizione definitiva: interesse che, secondo l'impostazione qui prospettata, si inserisce all'interno dell'interesse legittimo pretensivo, e merita tutela, ancorché solo risarcitoria, se leso, in misura non certo pari a quella che spetterebbe laddove il privato avrebbe potuto conseguire il bene della vita.

La considerazione per cui sia la definitività – e non la legittimità – dell’attribuzione del bene, ad atteggiarsi a connotato tipico della posizione di interesse legittimo, non può allora che condurre al rovesciamento dell’assunto prospettato dalla Cassazione, poiché un provvedimento favorevole, ma illegittimo, in quanto non definitivo, non soddisfa l’interesse legittimo vantato dal privato.

Ancor meno convincente, appare poi il richiamo al diritto soggettivo “*all’integrità patrimoniale*” svolto dall’orientamento in discorso. Esso infatti si fonda su una concezione di danno ingiusto e, quindi, risarcibile, da sempre oggetto di critiche, fin dal noto caso *De Chirico*, nel quale si è affacciato per la prima volta nella giurisprudenza della Corte²⁵⁰.

Basti a tal proposito richiamare le autorevoli opinioni dottrinali che, sul punto, hanno affermato come tale impostazione non sia altro che “un rozzo espediente per contrabbandare come ingiusto qualsiasi danno al patrimonio, così da eludere la portata selettiva del criterio di ingiustizia”²⁵¹, nonché “un tributo che i giudici pagano all’esigenza di un sistema di tutela che ancora si vuole impostato sulla titolarità dei diritti soggettivi”²⁵².

Nella presente circostanza allora, non può che riconoscersi come la Cassazione torni ad abbracciare antichi “amori” mai sopiti, non riconoscendo piena portata applicativa al *revirement* operato dalla nota sentenza n. 500/1999 e, in ipotesi indiscutibilmente di difficile ricostruzione, quale quella che qui si esamina, estende oltre il suo limite naturale il confine del diritto soggettivo, laddove avrebbe più correttamente potuto riconoscere come la posizione giuridica soggettiva lesa sia invero l’interesse legittimo²⁵³.

D'altronde, l’esistenza di un diritto all’integrità del patrimonio, determinerebbe di per sé la qualificazione di illecito di qualsivoglia danno

²⁵⁰ V. Cass. Civ., 4 maggio 1982, n. 2756, in *Foro it.*, 1982, I, 2864.

²⁵¹ Cfr. F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e Impr.*, 1985, p. 10.

²⁵² Cfr. A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. Civ.*, 1982, I, pp. 2739 e ss.

²⁵³ Si ricorda che la sentenza Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, è reperibile in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 981 e ss., con nota di F. BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione* e di G. ALPA, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*.

patrimoniale, poiché esso si verificherebbe sempre e a prescindere dalla titolarità, in capo al danneggiato, di una posizione giuridica soggettiva autonoma²⁵⁴.

Alla luce di quanto affermato, emerge inoltre come il danno nella presente fattispecie sofferto, non deriverebbe da un mero comportamento della p.a. – quasi che esso potesse astrattamente essere tenuto da un qualsiasi soggetto dell'ordinamento – bensì dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo.

Tanto si dice al fine di contestare l'argomentazione di cui alla tesi propugnata dalle Sezioni Unite di Cassazione in ordine alla non riconducibilità - neppure mediatamente - del comportamento foriero di danno, all'esercizio del potere. Peraltro e di conseguenza, risultano del tutto condivisibili le considerazioni svolte dalla dottrina in ordine alla insostenibilità della *fictio iuris* proposta dalla giurisprudenza della Cassazione, in ordine alla non ascrivibilità del danno al provvedimento illegittimo della p.a. stante il suo annullamento con effetti *ex tunc* e la sua conseguente sparizione dal mondo giuridico.

L'assunto prova il contrario, poiché è proprio il necessario annullamento del provvedimento illegittimo che dimostra come il danno sia ad esso riconducibile, derivando proprio dalla manifestazione del potere tramite la prima illegittima determinazione²⁵⁵.

Si deve peraltro rilevare, per completezza, come una posizione dottrinale mediana²⁵⁶, condivisa talora anche in giurisprudenza²⁵⁷, intenda aderire alla

²⁵⁴ Cfr. P. G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, in *Trattato sulla responsabilità civile*, diretto da P. G. MONATERI, Torino, 2013, p. 58.

²⁵⁵ V. M. MAZZOLA, *Ingiustizia del danno e anti-giuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*, cit., p. 944, ove l'Autore afferma che “non è sostenibile l'asserzione secondo cui il carattere autoritativo della condotta, una volta annullato il provvedimento, verrebbe “sterilizzato”, giungendo a configurarsi null'altro che un comportamento “mero” alla pari di qualsiasi atto posto in essere dai privati: la posizione di interesse legittimo del privato, in questi casi, viene lesa infatti fin da subito, da un potere a monte illegittimamente esercitato, che non può considerarsi fatto illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c.”.

²⁵⁶ V. R. DI PACE, *La giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole*, in GAROFOLI – TREU (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani 2012, in www.treccani.it

considerazione per cui il comportamento della p.a. sia riconducibile – mediatamente – all’esercizio del potere, ma qualifichi l’affidamento del privato come diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, nelle sole materie di giurisdizione esclusiva.

In altre parole, tale tesi, critica l’assunto espresso dalle S.U. di Cassazione, ma non già sul piano della qualificazione della posizione giuridica soggettiva lesa del privato, che sarebbe correttamente inquadrata quale diritto soggettivo, bensì sul piano della asserita non riconducibilità all’esercizio del potere amministrativo della lesione cagionata a tale posizione.

Anche tale impostazione, tuttavia, non appare convincente.

Invero, come emerge dalle ragioni precedentemente esposte, la lesione appare sofferta direttamente dall’interesse legittimo che il privato vanta originariamente nei confronti della p.a. Per riprendere le parole della sentenza del TAR Milano sopra citata, “l’affidamento arricchisce il contenuto delle situazioni giuridiche che fanno capo ai soggetti che sono parti di un rapporto giuridico”.

Seguendo questa linea di pensiero, sembra potersi correttamente delineare un rapporto tra p.a. e privato che, una volta instaurato, impone all’amministrazione non solo di consentire al privato di conseguire il bene della vita cui egli aspira, se ciò è compatibile con l’interesse pubblico che

²⁵⁷ V. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 dicembre 2014, n. 6461, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si legge che “l’art. 133, comma 1, lettera e), numero 1, cpa prevede la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture ... ivi incluse quelle risarcitorie"; l’art. 30, ultimo comma, cpa statuisce, a sua volta, che "di ogni condanna al risarcimento di danni per lesione di interessi legittimi o, nella materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo". Dal combinato disposto di tali norme deriva che devono ritenersi devolute al giudice amministrativo le azioni risarcitorie autonome riferite alla lesione di un diritto soggettivo qualora vengano in considerazione controversie rientranti nella sua giurisdizione esclusiva e, pertanto, principalmente quelle aventi ad oggetto le procedure di evidenza pubbliche finalizzate alla aggiudicazione di appalti. Tale affermazione va mantenuta ferma non solo qualora il ricorrente, dopo avere ottenuto l’annullamento di una aggiudicazione illegittima, chieda il risarcimento dei danni subiti per non essere risultato affidatario dell’appalto, ma anche quando contesti alla Amministrazione di averlo coinvolto in una trattativa inutile, aggiudicandogli illegittimamente l’appalto ovvero, come nel caso di specie, di averlo intrattenuto in una procedura quasi culminata nel provvedimento finale, ingenerando un affidamento qualificato nella correttezza della gara e dei suoi esiti e pur sapendo che pendeva un ricorso proposto da un terzo col quale si contestava viceversa l’illegittimità della procedura”.

l'amministrazione deve perseguire, ma anche, quale ulteriore conseguenza, di non ingenerare nel privato un affidamento in ordine alla sua effettiva possibilità di conseguirlo, laddove ciò non fosse possibile proprio alla luce del suddetto interesse pubblico.

Ne deriva come l'affidamento del privato a non essere "ingannato" dalla amministrazione circa la possibilità di soddisfare il proprio interesse, faccia già parte della posizione giuridica soggettiva che egli vanta nei confronti della amministrazione.

In sintesi, il contenuto dell'interesse legittimo, visto nella sua accertata natura di interesse sostanziale, non è solo l'interesse al conseguimento del bene della vita, ma anche quello a che non sia in lui ingenerato un affidamento in ordine alla effettiva possibilità di conseguirlo. O, per dirla con altre parole, che sia definitivamente e stabilmente riconosciuto il bene della vita cui egli aspira, laddove, una attribuzione solo precaria, per effetto della illegittimità del provvedimento, può ben essere idonea a cagionare un pregiudizio risarcibile²⁵⁸.

Tali argomentazioni appaiono ulteriormente confermate dalla disciplina della responsabilità precontrattuale di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. che, come visto, oggi sono pacificamente applicabili alla attività contrattuale della pubblica amministrazione, anche in sede di procedura ad evidenza pubblica.

Riprendendo quanto sopra esposto, nell'ambito di tale procedura ed in forza delle norme del codice civile, il privato vanta sì un vero e proprio diritto soggettivo, appunto *ex artt. 1337-1338 c.c.*, a non essere coinvolto in inutili trattative. Invero e conseguentemente, la giurisprudenza e la dottrina ascrivono le controversie in parola alla giurisdizione esclusiva del giudice

²⁵⁸ Sembra condividere tale impostazione S. VILLAMENA, *Legittimo affidamento e contratti pubblici. Osservazioni su serietà e pigrizia amministrativa*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2013, 1, 78, che afferma che "è qui possibile osservare come, almeno in termini di ampliamento della tutela, il legittimo affidamento rappresenti una particolare evoluzione dell'interesse legittimo". Nello stesso senso V. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, *cit.*, p. 192: "l'affidamento sembra assumere connotati assai simili all'interesse legittimo e riceve tutela come tale: se, infatti, l'amministrazione riceve dalla norma attributiva il potere di graduare gli interessi e giustificare il sacrificio di quelli privati, pur con adeguata motivazione per la cura dell'interesse pubblico, dovendo agire nel rispetto delle norme di legge (buona fede, ragionevolezza, proporzionalità, ecc.), quegli interessi non possono che essere specificamente protetti, dunque legittimi e trovano garanzia proprio nel corretto esercizio del potere discrezionale, quand'anche esso comporti il loro sacrificio".

amministrativo, in forza dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del c.p.a., vertendosi nell'ambito della materia inerente le procedure ad evidenza pubblica²⁵⁹.

Ma, si ribadisce, le norme in parola si riferiscono a trattative contrattuali, nell'ambito delle quali, correttamente, si fanno oggi rientrare le procedure ad evidenza pubblica, in quanto finalizzate alla stipula di un contratto, ma non già tutti i procedimenti amministrativi che sono al contrario finalizzati all'adozione di un provvedimento autoritativo²⁶⁰.

E allora, esclusa l'applicabilità delle norme del codice civile, alcun diritto soggettivo autonomo all'affidamento sorge in capo al privato; ciò nonostante, l'affidamento del privato si configura quale componente originaria dell'interesse legittimo, essendo l'interesse non già a non essere coinvolto in inutili trattative contrattuali, bensì a non fare ingiustificato affidamento circa la spettanza del bene della vita sotteso alla propria situazione giuridica soggettiva. O, in altri termini, alla sua attribuzione precaria, inidonea certo a determinare la piena soddisfazione dell'interesse del privato²⁶¹.

²⁵⁹ V. Cons. St., A.P., 5.9.2005, n. 6, *cit.*

²⁶⁰ Condivide tale assunto anche R. DI PACE, *cit.*, il quale tuttavia, come anticipato sopra, pur esprimendosi per la diversità tra le due fattispecie, non ne fa derivare una differenza in ordine alla natura giuridica dell'affidamento del privato, qualificandolo sempre come autonomo diritto soggettivo. Cfr. anche C.E. GALLO, *op. cit.*, ove si legge chiaramente che “la configurazione di un diritto soggettivo comporta, però, che il medesimo sia ricondotto alle categorie codicistiche: ma non pare possibile configurare nella fattispecie una responsabilità extracontrattuale dell'Amministrazione, così come non pare possibile configurare una responsabilità contrattuale, posto che un rapporto tra Amministrazione e cittadino vi è ma è il rapporto relativo all'esercizio del potere in cui il cittadino è titolare dell'interesse legittimo, che esclude sia la responsabilità extracontrattuale che la responsabilità contrattuale”.

²⁶¹ Cfr., in senso conforme, G. P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro Amministrativo*, fasc.07-08, 2016, pp. 1990 e ss., ove l'A. afferma che “Orbene, nel caso dell'azione amministrativa, che, in quanto procedimentalizzata, stabilisce il ‘contatto giuridico’ a seguito dell'inizio del procedimento, il legittimo affidamento consiste nel ritenere che -più che rispetto ad altri soggetti, i quali non si muovono all'insegna dell'imparzialità- l'amministrazione si comporterà correttamente e quindi soddisferà la pretesa all'atto favorevole, a meno che vi osti il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nel caso concreto, che porti a far prevalere un altro interesse. Tale situazione soggettiva ha una dimensione patrimonialistica, nel senso che l'illegittimo sacrificio dell'affidamento “giustamente” riposto nell'esito favorevole del procedimento iniziato, può provocare una perdita di carattere economico che, in quanto lesione di una situazione protetta in sé, va risarcita. Come ognuno vede, il legittimo affidamento, anche per la Cassazione, finisce con l'essere la struttura su cui si radica l'interesse pretensivo. Esso è l'in sé di questa situazione

Per esigenze di completezza, merita spendere alcune considerazioni sulle tesi dottrinali che riconducono, a livello generale e non con precipuo riferimento al legittimo affidamento, le facoltà procedimentali a veri e propri diritti soggettivi²⁶².

All'evidenza infatti, l'eventuale accoglimento di siffatte impostazioni dogmatiche, che si sono sopra brevemente anticipate nella logica della tendente parificazione delle posizioni privato e p.a., che pur si è ritenuta rilevante nell'emersione del legittimo affidamento, dovrebbe condurre a qualificare proprio quest'ultimo come diritto soggettivo; posizione questa che non si è qui condivisa e non si condivide neppure alla luce di tali, lo si anticipa, non accettabili teorie.

Venendo all'esame di detta impostazione, è interessante notare come l'opinione maggiormente accreditata in ordine alla qualificazione delle facoltà procedimentali quali diritti soggettivi, parta proprio dal rinnovato rapporto tra p.a. e privato, in condizione di parità e non di supremazia, distinguendo tra la fase procedimentale in senso stretto e la fase provvedimentale²⁶³.

Solo tale ultima sarebbe allora piena estrinsecazione e manifestazione del potere, così individuandosi necessariamente in capo al privato una posizione di interesse legittimo, laddove, nella fase procedimentale, l'amministrazione esercita una attività "di natura non diversa rispetto a quella che l'ordinamento attribuisce a soggetti privati" e, perciò, "le pretese partecipative possono ben

giuridica soggettiva, che è quella che si profila a fronte di procedimenti ampliativi, quasi sempre in concorso con più aspiranti (come nei casi decisi dalla Cassazione a proposito dell'azione risarcitoria da provvedimento favorevole annullato)".

²⁶² Sul punto, si possono richiamare i lavori di E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, p. 337 e ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 199 e ss.; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, p. 49 e ss. Si ritiene altresì doveroso richiamare la tesi di M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 557 e ss., che riconosce ad alcune facoltà natura di diritto soggettivo e ad altre di interesse legittimo.

²⁶³ Cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 76.

essere qualificate come diritti soggettivi cui corrispondono obblighi e non semplici doveri dell'amministrazione"²⁶⁴.

Nel comprendere allora quale rapporto vi dovrebbe essere, tra i diritti soggettivi "partecipativi" così delineati e l'interesse legittimo, altra raffinata dottrina ha distinto diverse finalità del procedimento amministrativo.

Da un lato, "quella di tutelare la dignità del cittadino", in una evidente logica di democratizzazione dell'azione amministrativa, dall'altro "quella, eventuale, di consentirgli di difendere nel procedimento un suo interesse materiale indirizzando il potere della pubblica amministrazione"²⁶⁵.

Poste tali premesse di carattere generale, è indubbio che l'eventuale adesione alla tesi dottrinale che riconosce natura di diritti soggettivi alle pretese partecipative, apre alla possibilità di qualificare il legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. anch'esso come diritto soggettivo, fornendo un supporto alla tesi sposata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Tale tesi tuttavia non può essere condivisa, poiché e in particolare, nel seguire l'insegnamento della più raffinata dottrina che – anche recentemente –

²⁶⁴ Così ancora A. ZITO, *Le pretese*, cit., p. 131.

²⁶⁵ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, 2, in *Enc. Dir.*, 1998, p. 985; recentemente F.G. SCOCA, in *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, F.G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI, Torino, 2017, p. 244, ne ha efficacemente sintetizzato i profili di maggior interesse, tra cui: "le norme procedimentali hanno la precipua ed immancabile finalità di riequilibrare il rapporto tra amministrazione e cittadino, ponendo a carico della prima doveri di correttezza che non possono ritenersi immediatamente finalizzati alla più favorevole disciplina di un interesse materiale del cittadino", dovendosi invece valutare come "tendenti a garantire il rispetto dovuto alla persona in quanto tale, a prescindere dal fatto che dalla loro osservanza possano o meno derivare ad essa vantaggi di carattere patrimoniale". E ancora, "il diritto di partecipare al procedimento; quello di ricevere risposta alla propria richiesta di provvedimento; quello di vedere concluso il procedimento tempestivamente e senza aggravamenti; quello di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione; quello di veder prese in esame le osservazioni presentate; quello di veder motivata la decisione che ci colpisce nelle nostre aspettative; costituirebbero tutti non già (o meglio non soltanto) situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che viene quindi protetto sub specie di interesse legittimo, ma appunto diritti in sé e per sé, la cui lesione determina tout court un dovere di risarcimento a carico della pubblica amministrazione". Nella stessa scia si è posta poi anche ulteriore e successiva dottrina Cfr. L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 e ss.

ha affrontato *funditus* il problema, essa non è idonea a sostenere il test di resistenza rispetto alla disciplina di diritto positivo²⁶⁶.

Senza potersi dilungare troppo sul punto, appare di particolare interesse la considerazione per cui, a ben vedere, l'essenza stessa di tali situazioni soggettive è necessariamente legata alla loro strumentalità quanto alla soddisfazione della pretesa sostanziale di fondo²⁶⁷.

Per utilizzare le parole della già citata dottrina, “le pretese, o facoltà partecipative, sono strumenti di sostegno, e di esercizio, nel procedimento, dell’interesse legittimo, di cui sono titolari i privati”²⁶⁸.

Il nesso, evidenziato da tali autori, che intercorre tra le numerose facoltà che nel corso degli anni sono state riconosciute al privato nel rapporto con la p.a. e l’interesse sostanziale alla conservazione o ampliamento della sua sfera giuridica, disvela, ad avviso di chi scrive, come l’unica situazione giuridica che realmente possa far capo al privato sia rappresentata dall’interesse legittimo.

Anche con riferimento al legittimo affidamento perciò, non pare corretto una sua qualificazione alla stregua di un autonomo diritto soggettivo, posto che esso emerge, per sua natura, solo per effetto di un precedente provvedimento, che il privato stesso aveva ritenuto idoneo a soddisfare l’interesse sostanziale di base, il suo interesse legittimo.

Ma se così è, sarebbe (onto)logicamente impossibile sganciare l’autonoma pretesa alla considerazione dell’affidamento maturato dal privato dal (mancato) soddisfacimento (*rectius*: dal solo apparente soddisfacimento)

²⁶⁶ Cfr. F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo: Storia e teoria*, cit., p. 248 e ss., ove l’A. individua tre ostacoli alla qualificazione di diritti soggettivi: a) assenza o limitatezza di tutela giurisdizionale dedicata; b) consistenza di “facoltà” attribuite sia all’interessato sia ai controinteressati; c) collocazione all’interno del procedimento.

²⁶⁷ In tal senso, oltre all’Autore citato alla nota precedente, Cfr. anche G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 498.

²⁶⁸ Ancora F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo: Storia e teoria*, cit., p. 255, che chiarisce anche che “l’interesse legittimo è la situazione di base (interesse giuridicamente riconosciuto e tutelato) finalizzata a tutelare un interesse reale (ad un bene della vita), che può essere soddisfatto solo attraverso l’esercizio del potere che spetta all’amministrazione esercitare: è, dunque, l’interesse a che il potere dell’amministrazione venga da questa esercitato in senso favorevole al suo titolare. Le “facoltà” sono attribuite al portatore di tale interesse quali strumenti utili per (provare a) “convincere” l’amministrazione ad adottare, a conclusione del procedimento, un provvedimento che consenta la conservazione (interesse oppositivo) o l’acquisizione (interesse pretensivo) di un effettivo bene della vita”.

dell'interesse sostanziale alla conservazione o ottenimento di un determinato bene della vita.

L'ampliamento della tutela dell'interesse legittimo perciò, secondo l'impostazione qui sostenuta, non può e non deve condurre al mutamento della natura giuridica dello stesso in questa ipotesi.

Peraltro, ampliamento lo spettro di indagine in questo ambito, non si può non dar conto anche di quell'impostazione teorica che ritiene che il rapporto amministrativo sia - sempre - da ricostruire in termini di diritto-obbligo, a prescindere dalla fase in cui esso si trova.

Ora, pur non potendosi affrontare ampiamente la questione, poiché inerente invero alla stessa possibilità di considerare ancora esistente, a livello generale, la categoria dell'interesse legittimo quale situazione soggettiva distinta dal diritto soggettivo, merita spendere solo alcune brevissime considerazioni sul punto, richiamandosi alla recente dottrina, a cui si rinvia per un esame approfondito della problematica, che ha condivisibilmente confutato tale prospettazione e che ha anche già trovato ingresso in queste pagine²⁶⁹.

La logica di partenza della riconducibilità dell'interesse legittimo al diritto soggettivo e la sua, conseguente, inconfigurabilità, si individua nella sua ormai acclarata natura di situazione giuridica attiva, il che ne determinerebbe una incompatibilità logica con la pretesa situazione di potere della p.a., situazione anch'essa attiva²⁷⁰.

La posizione del privato viene, al contrario, individuata in un vero e proprio diritto soggettivo al rispetto degli obblighi procedimentali che gravano sulla p.a., sì da venir definito come un diritto alla legittimità dell'azione amministrativa, espungendo peraltro, secondo una declinazione di questa tesi,

²⁶⁹ Ci si riferisce, all'evidenza, a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, cit., p. 261 e ss., ove l'A., prima di procedere alla confutazione, ripropone ed efficacemente sintetizza le posizioni degli autori della scuola fiorentina che hanno, variamente, sostenuto la tesi della inattualità dell'interesse legittimo e della sua riconducibilità al diritto soggettivo.

²⁷⁰ Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 106.

il merito amministrativo dalla possibile tutela, divenendo esso “insindacabile”²⁷¹.

Poste tali brevissime premesse, la tesi in questione è stata, come anticipato, condivisibilmente criticata e disattesa dalla più recente ed elaborata dottrina in tema di interesse legittimo, che ha, in primo luogo, negato la correttezza del postulato per cui, essendo l’interesse legittimo una situazione attiva, essa non potrebbe confrontarsi col potere.

In tal senso infatti, si è efficacemente rilevato che entrambe le situazioni, quella della p.a. e quella del privato, “dialogano” nell’ambito di una vicenda dinamica, tesa alla realizzazione di un bilanciamento di interessi, volto a realizzare l’interesse pubblico, in modo che non rimanga sacrificato (o lo sia il meno possibile) l’interesse del privato. Di tal che, pur non trattandosi, come affermato da taluno, di una versa co-decisione, gli interessi mirano alla medesima direzione e, perciò, nulla osta al riconoscimento di una coesistenza di due situazioni attive²⁷².

Ciò posto, resta allora innegabile la circostanza per cui la partecipazione del privato al procedimento è sempre finalizzata ad ottenere il bene della vita cui aspira, o, per meglio dire, a che l’amministrazione consideri questa sua posizione e interesse.

Affermare perciò la tutelabilità in sé delle facoltà procedimentali, quasi che costituissero l’utilità sostanziale del loro titolare, è una mera finzione, poiché inscindibile è il loro nesso con l’interesse, unico, avente natura sostanziale, che è e resta l’interesse legittimo, che cerca di influire sulla decisione amministrativa di perseguimento dell’interesse pubblico²⁷³.

²⁷¹ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giusta “non amministrativa”*, Milano, 2005, p. 166. Rispetto all’insindacabilità del merito, non si può dar conto del fatto che “è esatto dire che il merito è insindacabile, ma solo da parte del giudice, e salva l’indagine di eccesso di potere. Prima e fuori dal giudizio le scelte di merito, che spettano all’amministrazione, possono essere influenzate dall’esercizio del (delle facoltà inerenti al) interesse legittimo; ed è sindacabile in sede di autotutela e di ricorsi amministrativi” (F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo: Storia e teoria, cit.*, p. 264 nota 118).

²⁷² Cfr. F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo: Storia e teoria, cit.*, p. 267.

²⁷³ Cfr. F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo: Storia e teoria, cit.*, p. 268 nota 130, ove l’A. chiarisce che “l’oggetto proprio dell’interesse legittimo è il comportamento dell’amministrazione, ma solo in quanto tale comportamento consente di conservare o di

A ben vedere perciò, come anche già descritto in queste pagine a proposito della tesi che sostiene la natura di diritto soggettivo per il legittimo affidamento, tali tesi sembrano mosse dal, pur meritorio, intento di ampliarne la tutela, in particolare giurisdizionale.

E tuttavia, con parole utilizzate a livello generale di rapporti tra diritto soggettivo e interesse legittimo, pienamente applicabili al caso dell'affidamento, “occorre avere chiaro in mente che tale obiettivo si persegue molto meglio aumentando le “facoltà” con cui il privato influisce sulle decisioni che l’amministrazione è chiamata ad adottare, e riducendo in tal modo la “libertà” (o il rischio di arbitrio) dell’amministrazione”²⁷⁴.

5. Conseguenze sostanziali e processuali della inerenza dell'affidamento alla posizione di interesse legittimo.

Vere le precedenti considerazioni, si impongono alcune specificazioni in punto di presupposti necessari ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno in ipotesi siffatte. In particolare, si deve escludere la rilevanza del c.d. giudizio di spettanza in ordine al bene della vita sotteso all'interesse legittimo pretensivo leso nel suo “corno” inerente l'affidamento riposto nella legittimità del provvedimento favorevole.

Sul punto, basti richiamare l'insegnamento della Corte di Cassazione, reso nella già citata sentenza capostipite n. 500 del 1999, la quale appunto, con riferimento al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo pretensivo, inteso come interesse al conseguimento del bene della vita, ritiene necessario accertare la concreta spettanza, in capo alla vittima dell'illecito, del suddetto bene, senza che assuma rilievo l'eventuale lesione del solo

acquisire una utilità sostanziale (la conservazione di un bene di proprietà, l'acquisizione di un diritto su un bene di proprietà pubblica, la possibilità effettiva di esercitare una attività astrattamente consentita, l'ammissione allo svolgimento di attività riservate alla amministrazione). È in tale tensione verso una utilità sostanziale che occorre vedere il carattere strumentale dell'interesse legittimo, strumentale rispetto ad un interesse sostanziale del privato, non certo alla soddisfazione dell'interesse pubblico”.

²⁷⁴ Così F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, cit., p. 270.

affidamento che il privato abbia riposto nella correttezza dell'operato della p.a.²⁷⁵.

Orbene, all'evidenza, le medesime considerazioni non possono essere traslate nella vicenda in discorso, giacché non si discute del mancato ottenimento del bene della vita sotteso all'interesse legittimo, poiché, al contrario, il provvedimento che – apparentemente – lo soddisfaceva, è stato annullato (in via giurisdizionale o di autotutela) poiché illegittimo.

A voler applicare il giudizio di spettanza in siffatta ipotesi, dovrebbe sempre e per ciò solo negarsi il diritto al risarcimento del danno, stante la non configurabilità in capo al privato della possibilità di conseguire il bene della vita. Ma in questa sede ciò che è stato leso dell'interesse legittimo è quella sua ulteriore e diversa manifestazione a cui sopra si è fatto cenno: il non fare ingiustificato affidamento circa la spettanza del bene della vita.

Al fine di ben comprendere questi passaggi, giova muovere dai due noti elementi che compongono il danno ingiusto, di cui all'art. 2043 c.c. In particolare, si è soliti distinguere tra c.d. danno evento, inteso come lesione di una posizione giuridica rilevante per l'ordinamento, e c.d. danno conseguenza, inteso come le conseguenze, patrimoniali e non, sofferte dal danneggiato per effetto dell'altrui illecito²⁷⁶.

²⁷⁵ In tema V. G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, 2, p. 317.

²⁷⁶ V., senza pretesa di esaustività, F. GALGANO, *Diritto Privato*, 2 ed., Padova, 1983, p. 334; P. RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, 5 ed., Napoli, 1983, p. 281. In senso critico rispetto alla distinzione tra danno evento e danno conseguenza, si v. tuttavia C. M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 125, ove l'A tuttavia rileva che "il danno ingiusto, cioè il danno evento è risarcibile mediante il risarcimento delle sue conseguenze pregiudizievoli patrimoniali e non patrimoniali o, in alternativa, in forma specifica mediante la diretta rimozione della lesione". Invero perciò egli sembra criticare il riferimento ad un doppio concetto di danno, senza tuttavia negare che la sola lesione dell'interesse giuridicamente protetto ammetta di per se all'ottenimento di un risarcimento del danno da parte del danneggiato, in assenza di conseguenze apprezzabili sul piano patrimoniale o non patrimoniale. Nello stesso senso V. P. G. MONATERI, M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa per danno alla persona*, Milano, 2005. In relazione ai profili evolutivi della ingiustizia del danno vedi P. SCHLENSIGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano, 1996; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I,

Ed è altrettanto noto che, nel nostro ordinamento, ispirato da una matrice riparatoria, è irrisarcibile il solo danno evento, richiedendosi l'accertamento di conseguenze sfavorevoli per il danneggiato affinché egli possa beneficiare di un ristoro per esse²⁷⁷.

Ma allora, emerge immediatamente come il c.d. giudizio di spettanza cui sopra si è fatto cenno, attenga alla determinazione del danno conseguenza, dovendosi escludere conseguenze pregiudizievoli per un soggetto che, pur avendo subito un danno evento, inteso come lesione del suo interesse legittimo per effetto dell'illegittimità dell'operato della p.a., non avrebbe potuto comunque conseguire il bene della vita cui aspirava²⁷⁸.

Alla luce di tali considerazioni, si può cogliere la differenza con l'ipotesi qui in esame. In questa sede invero, accertato il danno evento, è ben possibile accertare anche il danno conseguenza, il quale naturalmente non consisterà nell'equivalente economico per il mancato ottenimento del provvedimento favorevole, bensì nelle conseguenze pregiudizievoli che il privato ha sofferto per aver fatto affidamento sulla legittimità del provvedimento favorevole, poi risultato illegittimo e annullato²⁷⁹.

Ecco che allora, venendo all'ultimo anello della catena, l'affidamento del privato rileva nell'ambito dell'accertamento delle conseguenze derivanti dal provvedimento illegittimo, potendo egli certamente beneficiare della rifusione delle spese sostenute per aver confidato nella legittimità del provvedimento annullato. L'affidamento – in questa sede – è quindi termine di misurazione delle conseguenze economiche sofferte dal destinatario dell'attività amministrativa illegittima lesiva, quale danno evento, del suo interesse

1420 ss.; F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 49 ss.; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.

²⁷⁷ V., tra le tante, Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Giur. It.*, 2006, p. 1359 ss.

²⁷⁸ Cfr. S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1999, 1595 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, vol. II, Padova, 2002, 271 ss.; F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pub.*, 2000, 15.

²⁷⁹ In senso analogo V. M. MAZZOLA, *cit.*, p. 945, ove l'Autore testualmente afferma che "l'interesse legittimo (...) viene leso ogniqualvolta venga emanato un provvedimento contra legem, a prescindere dal fatto che l'interesse materiale ad esso sotteso venga soddisfatto".

legittimo²⁸⁰. Esclusa quindi in questa sede la rilevanza del c.d. giudizio di spettanza, ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno, in aggiunta al danno conseguenza patito dal privato di cui si è fin qui discorso, dovrà essere accertato l'elemento soggettivo, quantomeno della colpa, in capo alla pubblica amministrazione e il nesso eziologico fra l'operato – negligente – dell'amministrazione e il danno patito dal privato.

Le precedenti considerazioni circa la reale natura dell'affidamento e la sua portata, sembrano peraltro confermate dalla disciplina che il legislatore ha, con la legge n. 15 del 2005, predisposto all'art. 21 *quinques* della legge n. 241 del 1990, per la revoca di provvedimenti amministrativi, che sopra si è ampiamente esaminata²⁸¹.

Come visto in tale sede, infatti la tutela dell'affidamento che il privato ha maturato circa la spettanza del bene della vita riconosciutogli con il provvedimento poi revocato, è affidata dal citato art. 21 *quinques* alla corresponsione da parte della p.a. di un indennizzo atto a ristorare il pregiudizio sofferto dal privato. E, si badi bene, non potrebbe essere altrimenti, giacché il danno patito dal destinatario è un danno *iure*, poiché autorizzato dall'ordinamento, in tanto in quanto il potere di revoca sia legittimamente esercitato dalla p.a.

Ma – ed ecco perché si esclude che il provvedimento originario revocato possa essere idoneo a cagionare un danno all'affidamento del privato (*rectius*: all'interesse legittimo) idoneo a consentirgli di attivare una tutela risarcitoria – esso non è viziato da illegittimità originaria, perciò idoneo a soddisfare l'interesse legittimo originario, che è infatti quello al conseguimento stabile e definitivo del bene della vita.

Al contrario, in tale fattispecie, il provvedimento era perfettamente idoneo a soddisfare l'interesse legittimo, risultando idoneo solo nel momento

²⁸⁰ In termini A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, cit., p. 2400: "In conclusione è convincente l'affermazione secondo cui il risarcimento deve compensare i costi affrontati dal beneficiario dell'atto illegittimo, che abbia confidato nella legittimità dell'atto stesso, ma ciò non è sufficiente per concludere che la posizione protetta sia rappresentata dall'affidamento, anziché dall'interesse legittimo".

²⁸¹ V. Cap. II, par. 1.2.

in cui l'amministrazione rivaluta la sua opportunità, la sua compatibilità con l'interesse pubblico. Mancando una illegittimità a monte, quindi un comportamento *non iure* da parte della p.a., nel caso della revoca, la tutela dell'affidamento viene allora realizzata mediante lo strumento dell'indennizzo, volto a bilanciare due interessi entrambi meritevoli di tutela, nella logica equitativa propria della tecnica indennitaria.

Per completezza, si sottolinea, in piena aderenza con quanto esposto sopra, come un eventuale danno ingiusto risarcibile per effetto della revoca di un precedente provvedimento amministrativo, potrà unicamente ammettersi con riferimento alle fattispecie involgenti le procedure ad evidenza pubblica, attivandosi allora profili di responsabilità precontrattuale da parte della pubblica amministrazione, con autonomo diritto al risarcimento del danno da parte del privato fondato sugli artt. 1337-1338 c.c.²⁸².

Tali ultime considerazioni valgono, ad avviso di chi scrive, a confutare una costruzione, recentemente emersa in giurisprudenza, che assimilando le ipotesi di revoca a quelle di annullamento d'ufficio, estende l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione in tema di annullamento anche al caso della revoca, argomentando che "sebbene nel caso di specie si tratti di un atto di autotutela adottato nella forma della revoca (e non dell'annullamento) della gara, ciò non costituisce, ad avviso del Collegio, un ostacolo a seguire la linea ormai inaugurata dal giudice della giurisdizione in quanto se è vero l'assunto sopra descritto nelle ordinanze richiamate ciò deve valere, a maggior ragione, nei casi di revoca dei provvedimenti favorevoli"²⁸³.

È peraltro interessante riassumere brevemente la vicenda da cui ha tratto origine la sentenza da ultimo citata, poiché ben chiarisce anche i diversi profili di responsabilità risarcitoria che possono emergere in siffatte ipotesi.

In particolare, le imprese ricorrenti avevano avanzato, nel giudizio in discorso, due distinte domande risarcitorie: una proposta con il ricorso principale, l'altra con il ricorso per motivi aggiunti. Ricorsi che ben

²⁸² In questi termini si esprime anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n.6/2005, *cit.*

²⁸³ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 7 novembre 2016 n. 11025, in www.lexitalia.it.

fotografano la differenza concettuale tra una domanda risarcitoria per lesione di interesse legittimo derivante da attività amministrativa illegittima e una domanda risarcitoria avente ad oggetto la lesione dell'affidamento maturato per effetto di un provvedimento amministrativo favorevole e poi frustrato dal suo annullamento.

Infatti, le imprese ricorrenti hanno proposto, con ricorso principale, domanda risarcitoria “del primo tipo”, fondata sulla illegittimità di un precedente provvedimento di revoca di una aggiudicazione provvisoria come accertata da una precedente pronuncia del Consiglio di Stato, che ha annullato detta revoca. E tuttavia, a valle di detto annullamento, nella medesima procedura, la stazione appaltante ha nuovamente revocato la medesima aggiudicazione provvisoria per diversi sopravvenuti motivi di interesse pubblico e, questa volta, il Consiglio di Stato ne ha riconosciuto la validità.

Ciò nonostante, le imprese ricorrenti, con motivi aggiunti, hanno proposto ulteriore domanda risarcitoria, “del secondo tipo”, lamentando la lesione del legittimo affidamento maturato rispetto alla aggiudicazione provvisoria, poi revocata legittimamente dall'amministrazione. Come ben si vede allora, le due domande hanno presupposti e fondamento distinti, come correttamente rilevato dal TAR Lazio, che declina la propria giurisdizione, in adesione all'orientamento della Cassazione e per l'argomentazione sopra esposta, solo con riferimento alla domanda “del secondo tipo”, quella, per intendersi, proposta con motivi aggiunti.

E tuttavia, proprio seguendo la linea di pensiero qui propugnata, il tribunale capitolino avrebbe potuto allora affermare la propria giurisdizione anche in relazione alla domanda risarcitoria, da qualificarsi come responsabilità precontrattuale, proposta con motivi aggiunti, vertendosi in ipotesi di procedura volta alla conclusione di un contratto e non all'esercizio di attività autoritativa, valutando poi se la p.a., pur nella legittimità del provvedimento di revoca, si fosse comportata da “*corretto contraente*”.

Come visto anche in precedenza, resta inteso inoltre che le imprese ricorrenti, stante il pregiudizio sofferto in forza di una revoca legittima, anche

laddove il comportamento dell'amministrazione fosse stato conforme ai canoni di correttezza che devono permeare il rapporto contrattuale, avrebbero potuto agire per ottenere l'indennizzo previsto dall'art. 21 *quinques* della l. 241/1990. Peraltro, tale domanda, sarebbe stata proponibile proprio innanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, come disposto dalla novella del 2005 del medesimo art. 21 *quinques*, previsione oggi confluita nell'art. 133, comma 1, n. 4) del codice del processo amministrativo²⁸⁴.

Infine e in disparte tale ultimo profilo, si deve allora rilevare, quale precipitato processuale della tesi qui accolta inerente la natura dell'affidamento, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, quale "giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica"²⁸⁵, circa le controversie aventi ad oggetto una domanda risarcitoria per il danno sofferto dal destinatario di un provvedimento amministrativo favorevole illegittimo e, conseguentemente, annullato.

Esso, infatti, cagiona un danno, risarcibile, in presenza dei requisiti ordinari di cui alla responsabilità da fatto illecito, all'interesse legittimo pretensivo, essendo esso stato soddisfatto solo in via precaria e, quindi, in ultima analisi, non soddisfatto.

6. Considerazioni conclusive sulla natura giuridica dell'affidamento.

Alla luce di tutto quanto si è esposto in questo capitolo, si possono ora definire alcuni punti conclusivi in tema di affidamento del privato come posizione soggettiva.

Una prima considerazione, attiene alla riconosciuta tutelabilità dell'affidamento non solo su un piano di bilanciamento degli interessi nell'esercizio del potere discrezionale, ma anche, nell'ipotesi in cui esso non sia sufficiente a costituire un limite all'esercizio del potere di autotutela, la

²⁸⁴ Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1336. In giurisprudenza, V. TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 6 marzo 2007, n. 830, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸⁵ Cfr. Cons. Stato., Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in www.giustizia-amministrativa.it.

possibilità che il privato benefici di un risarcimento del danno per il pregiudizio sofferto.

Non v'è dubbio che ciò determini un notevole riconoscimento del ruolo dell'affidamento del privato nei confronti della p.a., poiché ne si riconosce la riconducibilità ad una vera e propria situazione giuridica soggettiva.

Nel quadro che se ne è delineato in precedenza, appare pienamente condivisibile la qualificazione dell'affidamento come diritto soggettivo nel campo contrattuale. In tal senso infatti, stante la diretta applicabilità delle norme del codice civile, il privato vanta un vero e proprio diritto al corretto svolgimento delle trattative, nel rispetto delle disposizioni codicistiche che, se violate, conducono alla lesione della situazione giuridica corrispondente, con conseguente responsabilità risarcitoria per il danno da inutili trattative²⁸⁶.

Tuttavia, nell'ambito dell'attività autoritativa della p.a., appare arduo, stante le precedenti considerazioni, condividere l'impostazione, propugnata anche dalle Sezioni Unite di Cassazione, circa la riconducibilità ad una posizione di autonomo diritto soggettivo del privato, fondato, così sembra, sull'applicazione dei doveri civilistici, e prescindente, *in toto*, dall'esercizio del potere amministrativo.

Già in passato, la dottrina più avanguardista aveva provato a sostenere la configurabilità di una posizione autonoma di affidamento, non assimilabile all'interesse legittimo, pur senza qualificarla espressamente come diritto soggettivo. Si argomentava però che essa avesse una consistenza ben più individualizzata dell'interesse legittimo, che, fondata su una pretesa di stabilità, sarebbe perciò da esso diversa²⁸⁷.

²⁸⁶ Sullo specifico profilo, si condivide perciò quanto già affermato in dottrina circa la maggiore facilità di percepire l'affidamento come situazione giuridica autonoma nel campo precontrattuale: situazione che, in accordo con la dottrina privatistica prevalente, viene qualificata come diritto soggettivo, stante la diretta applicabilità degli artt. 1337-1338 c.c. (Cfr. S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 287).

²⁸⁷ *Idem*, p. 286. Non prende una esplicita posizione sul punto, pur ritenendo che si tratti di situazione soggettiva autonoma, diversa dall'interesse legittimo al conseguimento del bene della vita, la recentissima dottrina di A. GIGLI, *op. cit.*, p. 236-238, poiché l'A., nel ritenere che l'unica rilevanza del dibattito sia quella in punto di riparto della giurisdizione, propone, *de jure condendo*, che il legislatore introduca, per l'azione risarcitoria in discorso, una ipotesi di

Tali considerazioni, come già ampiamente espresso, non sono condivisibili.

La natura sostanziale che si è ormai riconosciuta all'interesse legittimo, consente di non dover più procedere a contorti ragionamenti che individuino diverse situazioni giuridiche, come in passato, che si affianchino all'interesse legittimo, per consentire di approntare una piena tutela al privato di fronte all'esercizio del potere della p.a.²⁸⁸.

Come evidenziato in precedenza, ci sembra che una lettura evoluta dell'interesse legittimo, possa consentirci di accogliere, entro il suo perimetro, non solo l'interesse del privato al conseguimento del bene della vita, ma anche quello a che non sia in lui ingenerato un affidamento in ordine alla effettiva possibilità di conseguirlo. O, in altri termini, che sia definitivamente e stabilmente riconosciuto il bene della vita cui egli aspira.

E quindi l'affidamento, come riconosciuto dalla tesi giurisprudenziale minoritaria e dalla dottrina che si è qui condivisa, integrerebbe il contenuto della situazione giuridica soggettiva che è coinvolta nel rapporto, divenendone, poi, misura delle conseguenze pregiudizievoli che dalla sua lesione ne sono derivate.

Perciò, nei rapporti contrattuali, tale situazione sarebbe il diritto soggettivo, che è la situazione giuridica tipica dei rapporti paritetici, anche laddove risulti coinvolta la p.a.; nei rapporti autoritativi però, essa dovrebbe essere correttamente ricondotta alla categoria dell'interesse legittimo, che è la situazione giuridica soggettiva che si confronta col potere, che non può essere considerato, come fa la Cassazione, *tamquam non esset*.

Tali considerazioni forse ridimensionano l'autonomia della posizione di affidamento, ma, a ben vedere, non ne sminuiscono la tutela.

giurisdizione esclusiva, stante, in ogni caso, la sussistenza di quell'inestricabile nodo gordiano tra posizioni giuridiche di cui alla sentenza della Corte Cost. n. 204/2004.

²⁸⁸ Ci si intende riferire agli sforzi giurisprudenziali condotti, prima dell'approdo della citata sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, proprio in tema di risarcibilità dell'interesse legittimo. In relazione a tale tematica Cfr., ad es., Cass., S.U., 18 novembre 1992, n. 12316, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 11; Cass., S.U., 19 marzo 1997, n. 2436, in *Giust. civ.*, 1997, I, P. 2785, con nota di E. A. APICELLA, *Riconoscimento di debito, diritti patrimoniali conseguenziali e giurisdizione sulle controversie di impiego pubblico*.

Come detto anche in precedenza, non pare operazione dogmaticamente corretta, pur se talvolta praticamente apprezzabile, quella della “corsa” alla ricerca della più forte tutela per il privato.

In tal senso, non ci si può dimenticare che, nello svolgimento dell’attività amministrativa autoritativa, il privato ha una posizione che, pur nella nuova visione del rapporto con la p.a. di cui si è detto, fisiologicamente, può risultare insoddisfatta nella sua aspirazione al conseguimento di un bene della vita, poiché ciò potrebbe imporre la superiore ragione del perseguimento dell’interesse pubblico²⁸⁹.

E, ciò nonostante, la tesi qui sostenuta consente di riconoscere una posizione di interesse legittimo particolarmente evoluta, idonea a ricevere tutela, ancorché per equivalente, non solo laddove il privato, per effetto della condotta illecita della p.a., non abbia conseguito il bene della vita che gli sarebbe spettato, bensì anche laddove, pur nella non spettanza di tale bene, l’amministrazione, per colpa, glielo avesse riconosciuto in via precaria, stante l’intervenuto successivo annullamento, legittimo, del provvedimento attributivo originario.

La presente ricostruzione, sembrerebbe anche consentire di evitare la scivolosa teoria del contatto sociale qualificato, rivisitando, in chiave di ampliamento della tutela, l’effettiva consistenza dell’interesse legittimo e, in ultimo, del rapporto amministrativo²⁹⁰.

In tale ordine di idee, può allora risponderci al quesito che ci si era posti anche in apertura del presente capitolo, circa la possibile funzione integrativa del principio di affidamento.

Appare evidente a chi scrive che il principio di affidamento svolga una – quanto mai importante – funzione integrativa dell’ordinamento giuridico sul

²⁸⁹ In ordine alla qualificazione dell’interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva a “soddisfazione non garantita” si V., per tutti e anche recentemente, F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo: Storia e teoria, cit.*, p. 174.

²⁹⁰ In ordine al legame tra interesse legittimo e rapporto amministrativo si V. M. NIGRO, *Ma che cos’è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, p. 1883.

punto, in particolare con riferimento alla tutela del privato di fronte all'attività autoritativa della p.a.

Invero, tanto che si accolga la tesi delle Sezioni Unite circa la qualificazione dell'affidamento come autonomo diritto soggettivo, quanto che lo si riconduca all'interesse legittimo, la necessità di tutela dell'affidamento, quale principio generale, costituisce strumento di integrazione dell'ordinamento giuridico, che sembrerebbe effettivamente essere lacunoso sul punto.

Attraverso quindi il principio generale, si riconosce la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela che, in assenza della valorizzazione del ruolo dell'affidamento condotta, risulterebbe sguarnita di protezione, pur risultando tale protezione del tutto conforme all'ordinamento giuridico.

E ciò, appunto, sia che si voglia definire l'affidamento come un autonomo diritto soggettivo, che si verrebbe perciò a delineare *ex novo*, sulla scorta del principio - anche se, in realtà, più dell'applicazione diretta delle norme del codice civile, ed è questo l'aspetto critico di questa ricostruzione - ; sia che lo si voglia individuare come elemento che "arricchisce" la situazione di interesse legittimo, di cui è già titolare il privato nei confronti del potere della p.a.

In tal modo perciò, il principio del legittimo affidamento risulterebbe strumento di attuazione del disposto dell'art. 12 delle Preleggi, in particolare nella parte in cui dispone che "(...)se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

CONCLUSIONI

Siamo giunti all'esito di questo percorso.

Nel lavoro si è cercato di delineare un quadro dell'istituto del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione, evidenziando, sin dall'analisi del suo fondamento, le peculiarità che lo caratterizzano nell'ambito dei rapporti amministrativi.

Si è visto infatti come, pur se le prime teorizzazioni si sono fondate su una presunta analogia con il diritto privato, appare più corretto oggi riconoscere come le resistenze manifestate dalla più risalente dottrina all'ammissibilità della logica della tutela dell'affidamento nel diritto pubblico, si siano potute pienamente superare solo con la mutata concezione del rapporto che intercorre tra privato e pubblici poteri.

L'accoglimento della concezione garantistica del procedimento amministrativo, la logica dell'amministrazione condivisa, l'idea di un privato che sia risorsa per l'amministrazione, hanno infatti costituito, a nostro giudizio, il substrato culturale, ancor prima che giuridico, che ha consentito al legittimo affidamento di entrare nel dibattito giuridico pubblicistico. Ciò anche, non si può negare, sulla spinta del diritto comunitario²⁹¹.

Ma, d'altronde, abbiamo avuto modo di rilevare come lo stesso diritto europeo abbia contribuito all'evoluzione della concezione di amministrazione partecipata e di tutela anche degli interessi dei cittadini, con previsioni normative quali l'art. 41 della Carta di Nizza, sul diritto alla buona amministrazione²⁹².

Stante il rilievo assunto, su tali basi, dal legittimo affidamento, si è proposta, come anticipato in premessa, una chiave di lettura di esso sulla base degli studi di teoria generale in tema di principi del diritto.

È apparso infatti di particolare interesse notare la portata applicativa così vasta del principio in discorso, idoneo a assolvere al soddisfacimento di tutte e

²⁹¹ Cfr. Cap. I, par. 3.

²⁹² Cfr. Cap. II, parr. 3.2. e 4.

quattro le funzioni che la dottrina tradizionale ha individuato per i principi generali dell'ordinamento.

E così, volendo sintetizzare, si è dapprima evidenziato come l'affidamento abbia “guidato” l'attività del legislatore in tema di procedimento amministrativo negli ultimi dieci anni, essendo intervenuto, a più riprese, dal 2005, a condizionare l'applicazione di quegli istituti, in particolare di autotutela, che possono maggiormente frustrare l'affidamento del privato nella stabilità dei provvedimenti attributivi di un vantaggio.

Pur senza mai venire esplicitamente menzionato, il legittimo affidamento ha perciò svolto una funzione direttiva dell'attività legislativa particolarmente pregnante, assumendo il ruolo di interesse da tutelare, da parte della legge, anche nell'eventuale conflitto con il necessario perseguimento dell'interesse pubblico da parte della p.a.²⁹³.

Accanto alla funzione direttiva, si è poi dato conto dell'ineludibile funzione interpretativa che lo stesso ha assunto, anche alla luce del riconosciuto ruolo di *ratio* fondante di numerosi interventi normativi.

E quindi, si è avuto modo di vedere come esso possa costituire guida ermeneutica per l'interprete laddove si interfacci con previsioni normative che possono e debbono essere lette alla luce del principio, sì da chiarirne la portata applicativa. In altri termini, tramite il principio di affidamento, si può meglio delineare l'ambito di azione di determinate previsioni normative, comprendendo se, al loro interno e alla luce della logica che le giustifica, si possa o meno ricomprendere una determinata ipotesi.

Ma altresì, centrale nella nostra analisi, è stato poi il riconoscimento della funzione limitativa del potere ormai assunta dal principio del legittimo affidamento.

Esso infatti, si è visto, entrando nel bilanciamento tra interessi che l'amministrazione conduce nella propria attività discrezionale, costituisce un limite all'esercizio del potere amministrativo, in particolare di secondo grado.

²⁹³ Cfr. Cap. II, parr. 1.2. e 4.

La sua violazione potrebbe infatti condurre all'annullamento del provvedimento di riesame adottato dalla p.a., poiché viziato da eccesso di potere, per non aver la stessa amministrazione correttamente operato secondo i canoni che presiedono la discrezionalità amministrativa.

Come ampiamente visto, il legittimo affidamento del privato non costituisce, di per sé, un limite assoluto all'esercizio del potere, né potrebbe esserlo, stante il suo riconosciuto rilievo all'interno del giudizio discrezionale, e non al di sopra di esso. Non è perciò la sua violazione a costituire un autonomo vizio del provvedimento amministrativo²⁹⁴.

Nondimeno, ed entriamo nella quarta ed ultima funzione che abbiamo riconosciuto al principio in discorso, esso ha, a ben vedere, assunto il ruolo di integrazione dell'ordinamento, laddove quest'ultimo si era mostrato lacunoso.

A tal fine, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, ha mostrato come, in ipotesi di annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, che tuttavia venga adottato dalla p.a. avendo ingenerato in precedenza nel privato un affidamento circa la spettanza del bene della vita (il che costituisce l'elemento soggettivo della colpa in capo alla p.a.), l'affidamento così leso può ricevere tutela risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c., rappresentando uno di quegli interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico²⁹⁵.

E quindi, ai nostri fini, appare assolta dal principio di affidamento anche la funzione integrativa dell'ordinamento, laddove, sulla base di esso, si è munita di disciplina e, segnatamente, tutela, una fattispecie che ne sarebbe restata priva, poiché, come ampiamente visto, non sarebbe, a nostro giudizio, stato possibile applicare, in via diretta, la disciplina del codice civile, non sussistendo la comunanza di *ratio* necessaria all'analogia *legis*; è invece proprio il ricorso all'analogia *iuris*, a consentire all'interprete di colmare la lacuna normativa²⁹⁶.

Rispetto a tale ultima funzione, si coglie poi il tragitto compiuto dal principio del legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a., che, in

²⁹⁴ Cfr. Cap. II, parr. 2-4.

²⁹⁵ Cfr. Cap. III, parr. 2-5

²⁹⁶ Cfr. Cap. III, par. 6.

forza di tale evoluzione del pensiero, viene ad assumere il ruolo di situazione giuridica soggettiva.

Sul punto tuttavia, si sono spese numerose critiche rispetto a quell'orientamento giurisprudenziale e, talora, anche dottrinale, che ritiene che l'affidamento sia un vero e proprio diritto soggettivo, talvolta definito come diritto all'integrità patrimoniale.

Nel rinviare per le critiche alla sede di ampia e autonoma trattazione, si deve in queste conclusioni ribadire il nostro convincimento circa la qualificazione dell'affidamento come elemento che inerisce la situazione giuridica soggettiva di base che un soggetto dell'ordinamento vanta rispetto ad un altro in un rapporto giuridico e, perciò, nel rapporto tra privato e p.a. connotato da esercizio di potere autoritativo, l'interesse legittimo²⁹⁷.

Tale ragionamento, ci ha infatti consentito di illuminare di luce nuova l'interesse legittimo, nella sua ormai acclarata prospettiva sostanziale, poiché, tornando alla matrice del legittimo affidamento, è appunto la nuova qualificazione del rapporto amministrativo come rapporto partecipato e condiviso a chiarirla.

Essa infatti non muta le situazioni giuridiche soggettive tipiche del diritto amministrativo, non trasforma in diritti soggettivi gli interessi legittimi, bensì ne descrive diversamente il contenuto, ne spiega le potenzialità di tutela, alla luce di una mutata concezione giuridico-politica, dei rapporti tra amministrazione e cittadini.

In questo schema si inserisce, a nostro avviso, anche il ruolo del legittimo affidamento del privato, che consente di identificare una ulteriore manifestazione dell'interesse legittimo pretensivo, accanto a quella dell'interesse al conseguimento del bene della vita, che si sostanzia nell'interesse a non essere ingenerate in lui affidamenti circa il possibile conseguimento di un bene della vita che non può appartenergli.

²⁹⁷ Cfr. Cap. III, par. 3-6.

O, il che è lo stesso, ad acquisire stabilmente e definitivamente, non solo in via precaria, tramite un provvedimento illegittimo che poi verrà annullato, il vantaggio cui anela.

In questo secondo caso, se si condivide questa definizione di interesse legittimo, la situazione giuridica soggettiva non sarà stata soddisfatta a monte della p.a, nella sua seconda manifestazione, e perciò il privato potrà, se ciò si è verificato per colpa dell'amministrazione, conseguire il risarcimento del danno per equivalente *ex art. 2043 c.c.*, essendo stato leso l'interesse legittimo di base.

In conclusione quindi, a nostro avviso, il mancato riconoscimento di una autonomia della posizione di affidamento, riconducibile al contrario all'interesse legittimo, non diminuisce la portata di tutela dello stesso, essendo ormai stata riconosciuta la sua piena risarcibilità in caso di lesione, ma consente di non dimenticare che il fine primario dell'attività amministrativa è il perseguimento dell'interesse pubblico concreto e che l'affidamento del privato, per quanto fondato su logiche generali, resta un interesse secondario, che tuttavia, in forza della concezione ormai accolta di procedimento amministrativo, merita piena considerazione nell'attività, in particolare discrezionale, che la p.a. conduce.

BIBLIOGRAFIA

- AFFERNI G., *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra interesse positivo e interesse negativo*, in *Danno e responsabilità*, n. 4/2006
- ALESSI R., *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968
- ALESSI R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956
- ALESSI R., *Revoca (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 176
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro Italiano*, 1984, V
- ALPA G., *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, II ed., 2006
- ALPA G., *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999
- ALPA G., *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996
- ANTISERI D., *Introduzione alla metodologia della ricerca*, Soveria Mannelli, 2005
- ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005
- APICELLA E. A., *Riconoscimento di debito, diritti patrimoniali consequenziali e giurisdizione sulle controversie di impiego pubblico*, in *Giust. civ.*, 1997, I

ARENA G., *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in *Gli istituti della democrazia amministrativa*, G. BERTI - G. C. DE MARTIN (a cura di), Milano, 1996

ARENA G., *Un nuovo modo di amministrare*, in www.cittadinanzattiva.it

AULETTA A., *Sulla tutela dell'affidamento a fronte dell'esercizio del potere di autotutela ex art. 1, comma 136 della l. 311 del 2004*, in *Rivista Neldiritto*, 2013

BARTOLINI A., *Art. 21 septies*, in A. BARTOLINI-S. FANTINI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012

BENATTI F., voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1990.

BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975

BENVENUTI F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959

BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949

BETTI E., *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953

BIANCA C. M., *La responsabilità*, Milano, 2012

- BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata, I, Introduzione*, Milano, 1971
- BILE F., *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999
- BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994
- BOZZI G., *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Diritto Civile*, N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), Vol. III *Obbligazioni*, Tomo I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009
- BRUTI LIBERATI E., voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, agg. V., Milano, 2001
- BUONAURO C., *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012
- BUSNELLI F. D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964
- CANGELLI F., *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000
- CAPACCIOLI E., *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956
- CAPONI R., *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. Cost.*, 1990
- CAPONIGRO R., *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustiziaamministrativa.it, 5, 2011
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 6, 1998
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 2012

CARINGELLA F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc.2, 2008

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, 2015

CARNEVALE P., “...Al fuggir di giovinezza...nel doman s'ha più certezza” (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale), in *Giur. Cost.*, 1997

CARNEVALE P., *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. Cost.*, 2002

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003

CASSETTA E., *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 1993

CASSATELLA A., *L'annullamento d'ufficio, Modelli in comparazione*, in *Diritto & Formazione*, 2004

CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione*, in www.irpa.eu

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997

CASTRONOVO C., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. privato*, n. 4/2012

CASTRONOVO C., *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, II, 2007

CAVALLARI C., *La nullità del provvedimento: genesi ed evoluzione nel sistema amministrativo, cause ed effetti, ricadute in punto di giurisdizione*, in *Rivista Neldiritto*, 2011, 8,

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006

CHIARELLA M.L., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *www.federalismi.it*, 16 novembre 2016

CHIEPPA R., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011

CHIEPPA R., LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007

CHIEPPA R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio della responsabilità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, fasc. 3

CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, II. ed., Milano, 2004

CIRILLO G. P., *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro Amministrativo*, fasc.07-08, 2016

COEN L., *Aiuti illegali ed obbligo di recupero tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, a cura di L. DANIELE – S. AMADEO – C. SCHEPISI, 2003

COMPORTI G.D., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003

CORAGGIO G., voce *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988

CORAGGIO G., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, IV,

CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969;

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008

CRISAFULLI V., *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, Milano, 1941

CRISMANI A., *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 7

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, V, *Rimedi*, Milano, 2006

D'AMICO G., *Trattative e responsabilità precontrattuale*, in G. AMADIO – F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme. Questioni. Concetti*, Bologna, 2014

D'ANCONA S., *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015

DALFINO E., PACCIONE L., *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V

DE PALMA M., *Sulla teoria del funzionario di fatto*, in *Urb. e App.*, 2000

DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo europeo, Principi e istituti*, in *Corso di diritto amministrativo* (diretto da S. CASSESE), Milano, 2008

DELLA CANANEA G., *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2010

- DI MAJO A., *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. Civ.*, 1982
- DI PACE R., *La giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole*, in GAROFOLI – TREU (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani 2012, in www.treccani.it
- FALCON G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, (G. FALCON, a cura di), Padova, 2005
- FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, 2
- FALCON G., voce *Convenzioni ed accordi amministrativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988
- FALZEA A., *Apparenza*, voce dell'*Enc. dir.*, II, Milano 1958
- FANTI V., *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012
- FANTINI S., *Art. 11, l. n. 241 del 1990*, A. BARTOLINI-S. FANTINI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010
- FANTINI S., *Art. 21-quinquies, l. n. 241/1990*, in A. BARTOLINI-S. FANTINI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003
- FERRARA L., *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*, in *La nuova disciplina dell'attività*

amministrativa, dopo la riforma della legge sul procedimento, G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di) , Torino, 2005

FERRARA R., voce *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993

FERRARI BRAVO L., DI MAJO M., RIZZO A. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, commento all'art. 41 Diritto a una buona amministrazione*, Milano, 2001

GAFFURI F., *L'Acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006

GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005

GALETTA D.U., *La legge tedesca sul procedimento amministrativo. Traduzione con testo a fronte e commento introduttivo*, Milano, 2002

GALETTA D.U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2000

GALGANO F., *Diritto Privato*, 2 ed., Padova, 1983

GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e Impr.*, 1985

GALLO C.E., *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.2, 2016

GAROFOLI R. - FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, VII, Roma, 2014

GHETTI G., voce *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987

GHETTI G., voce *L'annullamento dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987

GIACCHETTI S., *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1999

GIACCHETTI S., *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Rass. Cons. St.*, 2000, II

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970

GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1939

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986

GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008

GIGLI A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Roma, 2016

GINDRE R., *Diritti a trattamenti pensionistici e leggi retroattive in peius*, in *Giur. Cost.*, 1988, I

GIOVAGNOLI R., FRATINI M., *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza. Volume II: Invalidità e autotutela*, Milano, 2007

GIUSTINIANI V., *Presentazione in Aiuti di Stato nel Diritto Comunitario e misure fiscali*, Atti del Convegno di Studi, Roma 17 settembre 2003, in *Rass. Trib.*, 6-bis, 2003

GRASSO G., *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in A. DI TARANTO (a cura di), *Il nuovo modello di amministrazione tra il principio di autoritarietà ed unilateralità ed i moduli consensuali nella organizzazione e nell'esercizio delle potestà pubbliche*, Roma, 2005, in www.sspa.it

GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003

GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981

GRECO G., *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998

GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004

GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di Diritto Privato*, G. IUDICA – P. ZATTI (a cura di), 1993

GUICCIARDI E., *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Arch. Dir. Pub.*, 1936

IMMORDINO M., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F. G. SCOCA, a cura di, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014

LEDDA F., *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996

LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004.

LIUZZO E., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995

LUBRANO B., *Il potere/dovere di recuperare gli aiuti di Stato erogati e successivamente dichiarati illegittimi dalla Commissione*, in *www.giustamm.it*, 2, 2005

MALINCONICO C., *Aiuti di Stato*, in AA. VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI e G. GRECO, I, Parte speciale, Milano, 1997

MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino 2001

MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995

MASSERA A., *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005

MASTROPAOLO F., voce *Danno – III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988

MAZZOLA M., *Ingiustizia del danno e anti giuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Danno e resp.*, 2014, 10

MAZZOLA M.A., *I nuovi danni*, Padova, 2008

MELE F., *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2012

MELE F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. STANZIONE - A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006

MENGOLI L., *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001

- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970
- MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino 2002
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009
- MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990
- MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991
- MONATERI P. G., BONA M., *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa per danno alla persona*, Milano, 2005
- MONATERI P. G., GIANTI D., SILIQUINI CINELLI L., *Danno e risarcimento*, in *Trattato sulla responsabilità civile*, diretto da P. G. MONATERI, Torino, 2013
- MONTEDORO V., *La nuova disciplina degli accordi*, in www.giustizia-amministrativa.it
- MUSONE R., *Concezioni del potere di riesame e tutela del legittimo affidamento*, in www.filodiritto.it, 2013
- NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1994
- NIGRO M., *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I
- NIGRO M., *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III
- NIGRO M., *Manuale di diritto pubblico*, G. AMATO – A. BARBERA (a cura di) Bologna, 1986

NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996

NIGRO M., voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962

NUZZO M., *Accordo privato e provvedimento amministrativo nell'art. 11, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in AA. VV., *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1994

OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e diritto amministrativo*, Milano, 2002

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giusta "non amministrativa"*, Milano, 2005

PACE A., *La Corte Costituzionale disconosce il valore costituzionale della libera concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 1999

PAGANO F.F., *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2014

PAGLIAROLI C., *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 2, 2017

PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 1998

PARDOLESI R., *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014

PASTORI G., *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002

PEPE G., *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012

PERFETTI L. R., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012

PERICU G., *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2003

PERLINGERI P., *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2007

PICONE P., *I temi generali del diritto amministrativo*, vol. II, Napoli, 2001

PIETROBON V., *Affidamento*, voce dell'*Enc. giur.*, I, Roma 1988

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione*, vol. II, Padova, 2002

PROTTO M., *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2005,

RACCA G.M., *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo*, Milano, 2003

RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000

RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005

RESCIGNO P., *Manuale del Diritto Privato Italiano*, 5 ed., Napoli, 1983

- RESTA R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935
- RICCI S., *La “buona amministrazione”: ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Torino, 2005
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- RODOTA' S., *Le fonti di integrazioni del contratto*, Milano, 1969
- ROMANO M. C., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. ROMANO), Torino, 2016
- ROMANO S., *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959
- ROMANO S., voce *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987
- ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, 2, in *Enc. Dir.*, 1998
- ROPPO V., *Compravendita di strumenti finanziari e obbligo di informazione. La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di cirio bond & Tango bond)*, in *Danno e responsabilità*, 2005
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001
- SACCO R., *Affidamento*, voce dell'*Enc. dir.*, I, Milano 1958
- SACCO R., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I
- SAITTA F., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, (a cura di S. COGNETTI, A. CONTIERI, S.

LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA), Torino, 2014

SALEMI G., *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica Amministrazione*, Milano, 1912

SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

SANDULLI A.M., *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, I-61

SANDULLI M.A., *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2015

SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *www.federalismi.it*.

SANDULLI M.A., *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *www.federalismi.it*, 15 luglio 2015

SANDULLI M.A., voce *Autotutela*, in *Enc. Treccani, Libro dell'anno del diritto*, 2016, in *www.treccani.it*

SANTORO A., *La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2012

SATTA F., *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989

SCHLENSIGER P., *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960

SCHLITZER F., *Accordi amministrativi e responsabilità*, in atti del 42° Convegno di studi, *Procedimento e accordi nell'amministrazione locale*, Milano, 1997

SCOCA F. G., *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, VI, Milano 2002

SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Roma, 1990

SCOCA F.G., *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, F.G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI, Torino, 2017

SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995

SCOCA F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999

SCOCA F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pub.*, 2000

SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004

SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano, 1996

SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato"*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, 6

SCOGNAMIGLIO R., *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962

SCOTTI E., *Liceità, legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005

SPENA M.C., *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica amministrazione e legittimo affidamento del privato*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2015, 4, I

STAMMATI S., *La revoca degli atti amministrativi struttura e limiti: linee dell'evoluzione con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987

STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992

TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003

TIGANO F., *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002

TRAVI A., *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I

TRIMARCHI BANFI F., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Pol. dir.*, 1993

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

TRIMARCHI P., *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970

VACCA M., *Gli aiuti di Stato alle imprese*, in *Riv. dir. eu.*, 1, 1995

VAIANO D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002

VALAGUZZA S., *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004

- VENIERO R., *Sulle condizioni legittimanti la P.A. all'acquisto di "cosa futura"*, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 3, I
- VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, Rimedi – 2, Milano, 2006
- VILLAMENA S., *Legittimo affidamento e contratti pubblici. Osservazioni su serietà e pigrizia amministrativa*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2013
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI F.A. MONACO, SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. II
- VIPIANA M.P., *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, II, Milano, 2001
- VISINTINI G., *Risarcimento del danno*, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1984, IX
- VITALE L., *La revoca degli atti di gara: discrezionalità e dovere di diligenza della p.a.*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2012, 5
- ZAMPETTI E., *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.4, 2015
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, I, Milano, 1958
- ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996