



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

Scuola di
Giurisprudenza

Corso di Laurea magistrale a ciclo unico
in Giurisprudenza

“Affidamento incolpevole ed effettività della tutela: assicurazioni, buona fede e azione di adempimento”

Relatrice

Professoressa Giulia Mannucci

Candidata

Camilla Furia

Anno Accademico 2024/2025

INDICE

INTRODUZIONE	1
Capitolo I L'evoluzione dell'affidamento nella dialettica procedimentale..	7
1 I percorsi di tutela nella dimensione amministrativistica	7
1.1 Le origini romanistiche e la rilevanza nel diritto civile: il ruolo della buona fede tra componete oggettiva e soggettiva	7
1.2 La rilevanza dell'affidamento nell'ambito del diritto amministrativo: le resistenze al principio di buona fede e la compatibilità con la dimensione pubblicistica	14
1.2.1 L'affidamento nel diritto amministrativo come situazione giuridica soggettiva autonoma	17
1.2.2 Alla ricerca di un fondamento alternativo: l'affidamento certezza	23
2 Gli sviluppi successivi nella prospettiva della tutela ponderativa...	24
2.1 I profili di criticità del modello ponderativo: la necessità di una "prima" revisione	27
3 Affidamento "rilevante" e rimedi esperibili: la dicotomia affidamento legittimo - affidamento incolpevole	33
3.1 Affidamento legittimo nell'annullamento d'ufficio.....	35
3.1.1 Istanze di tutela e apparato rimediabile alla luce del diritto positivo: verso un superamento dell'affidamento procedimentale..	43
4 Affidamento "incolpevole" nella dimensione relazionale con la P.A.	51
4.1 Consistenza dell'affidamento incolpevole nel diritto civile	52
4.1.1 Norme di validità e norme di condotta. Un confronto tra diritto civile.....	57
4.1.2 ...e diritto amministrativo.....	61
4.2 La lesione dell'affidamento incolpevole nel rapporto amministrativo: analisi e criticità delle ricostruzioni più recenti.....	66
5 Insufficienza del modello risarcitorio e effettività della tutela: necessità di una ricostruzione alternativa.....	70

Capitolo II L'affidamento nella dimensione eurounitaria: l'approccio sostanzialista della Corte di giustizia e gli orientamenti della giurisprudenza nazionale 74

1	L'evoluzione della tutela dell'affidamento nell'ordinamento europeo: l'influenza del diritto tedesco e l'elaborazione "creativa" della Corte di giustizia	74
1.1	Il legittimo affidamento come "principio generale comune agli stati membri"	74
1.2	Il fondamento dell'affidamento nella tradizione giuridica tedesca e l'opera di armonizzazione della Corte di giustizia.	81
1.3	Affidamento e atti legislativi	85
2	Affidamento e atti amministrativi	90
2.1	Le condizioni per un affidamento tutelabile di fronte alla "revoca" degli atti amministrativi.....	91
2.1.1	Affidamento a fronte di atti amministrativi favorevoli	92
3	La rilevanza dei comportamenti della P.A. per un affidamento tutelabile anche in assenza di provvedimento: il concetto di "rassicurazione"	97
3.1	I caratteri costitutivi delle rassicurazioni	99
3.2	Affidamento oltre l'esigenza di certezza del diritto nella prospettiva della Corte di giustizia	103
3.3	Affidamento a fronte di atti amministrativi sfavorevoli	107
4	La rilevanza dei comportamenti della P.A. nella prospettiva della giurisprudenza nazionale più recente	108
4.1	La tesi "pubblicistica" del Consiglio di Stato	109
4.2	La tesi "civilistica" della Cassazione	118
4.2.1	Le ordinanze gemelle del 2011	118
4.2.2	L'ordinanza n.17585 del 2015	120
4.2.3	L'ordinanza n.8326 del 2020	124
4.2.4	Le pronunce del 2023-2024 e la sentenza n.26080 del 2025	
	128	
5	Elementi per un ripensamento dell'affidamento tutelabile alla stregua del diritto europeo	134

Capitolo III Ammissibilità della tutela in forma specifica nelle ipotesi di danno da lesione dell'affidamento "incolpevole"	139
1 Atti ampliatori, affidamento ed effettività della tutela	139
2 Diritto vivente e principio di (in)esauribilità del potere amministrativo: profili di criticità e possibili "temperamenti"	143
2.1 Gli orientamenti dottrinali.....	144
2.1.1 Gli sviluppi più recenti	149
2.2 L'impostazione giurisprudenziale del " <i>one shot</i> " temperato..	152
2.3 Il dato normativo: l'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990....	154
3 L'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto.....	158
3.1 La tutela di condanna: aspetti generali.....	158
3.2 Gli elementi costitutivi dell'azione	162
3.3 I limiti al rilascio del provvedimento richiesto	165
3.4 Il comportamento della P.A. e il problema della vincolatezza in concreto: l'autovincolo	169
4 Le tipologie di autovincolo rilevante: le assicurazioni europee e le altre condotte fondative dell'affidamento	175
4.1 Le assicurazioni quali comportamenti idonei a realizzare un effetto consumativo della discrezionalità	178
4.2 Il ruolo della buona fede quale norma di condotta a fronte dell'inadempimento dell'amministrazione	185
CONCLUSIONI	187
BIBLIOGRAFIA	196

INTRODUZIONE

Il tema dell'affidamento del privato è tradizionalmente evocato a fronte dei provvedimenti di secondo grado adottati dall'amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela e, in particolare, nei casi di annullamento d'ufficio, disciplinati dall'articolo 21 *nonies* della L. n. 241 del 1990¹.

In tali ipotesi, la giurisprudenza prima e il legislatore poi, hanno tentato di introdurre dei limiti alla facoltà dell'amministrazione di rivedere le proprie decisioni, con la finalità di tutelare la posizione del privato che avesse fatto affidamento sulla stabilità del provvedimento emanato nei suoi confronti.

Il fondamento dell'affidamento, in tal senso, era pertanto individuato nel principio di certezza del diritto, inteso nella sua duplice accezione di prevedibilità e stabilità dell'azione amministrativa, alla stregua di quanto accade nell'ordinamento europeo.

Nondimeno, la dottrina, già a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha teorizzato una diversa concezione di affidamento in virtù della quale quest'ultimo è ricondotto non più al principio strettamente pubblicistico della certezza del diritto, ma a quello di buona fede in senso oggettivo, intesa quale regola di condotta operante specificatamente nei rapporti fra privati.

In accordo con tale impostazione, l'affidamento non coinciderebbe dunque con la garanzia di immutabilità delle decisioni o dei provvedimenti amministrativi, ma si qualifica come una situazione giuridica autonoma, corrispondente a una pretesa alla correttezza e non contraddittorietà delle condotte dell'amministrazione.

Nonostante le iniziali resistenze in merito all'applicabilità del principio di radice civilistica anche nei confronti dei pubblici poteri, con l'entrata in

¹ L'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 è stato da ultimo riformato con la Legge 2 dicembre 2025, n. 182.

vigore della Carta costituzionale – che ha comportato la parificazione, sotto il profilo della tutela, delle situazioni di interesse legittimo a quelle di diritto soggettivo – si è resa inevitabile una rilettura in senso paritario della relazione fra privato e pubblici poteri, nel tentativo di ridurre il carattere verticistico e autoritativo.

In tal senso, l'evoluzione soggettivamente orientata del procedimento amministrativo ha fatto sì che oggi non residuino preclusioni all'operatività della buona fede anche nella relazione che si instaura fra privato e amministrazione. Lo conferma anche la legge: l'art. 1 comma 2 bis² della L. n. 241 del 1990 applica la buona fede anche nel rapporto amministrativo.

Nell'ambito di questa dicotomia tra affidamento quale proiezione della certezza e affidamento quale corollario della buona fede, questo elaborato muove dunque dalla prospettiva – sostenuta oggi dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria – in accordo con la quale il fondamento di tale posizione soggettiva coincida proprio con la buona fede.

Tuttavia, permangono ancora numerosi profili di incertezza: in primo luogo, per quanto attiene alla consistenza della situazione di affidamento rilevante e tutelabile; in secondo luogo, alle ipotesi in cui questo può configurarsi e infine, in merito all'effettività della tutela nei casi della sua violazione.

Le fattispecie di maggior interesse, come dimostra anche la casistica giurisprudenziale, riguardano le vicende in cui siano coinvolti interessi pre-tensivi, ossia in cui il privato abbia richiesto all'amministrazione il rilascio di provvedimenti ad effetti ampliativi della sua sfera giuridica e questa abbia ingenerato nei suoi confronti un ragionevole convincimento sull'esito positivo del procedimento.

Alla luce dei principi di effettività e atipicità della tutela giurisdizionale, viene da chiedersi se le soluzioni tradizionalmente avanzate dalla giurisprudenza e dall'elaborazione scientifica per rimediare alle ipotesi di sua

² Il comma 2 bis dell'art. 1 è stato introdotto dal Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76.

violazione, ossia allorquando l'amministrazione disattenda la fiducia ingenerata sulla correttezza e non contraddittorietà delle proprie condotte, siano pienamente soddisfattive ovvero se il diritto vivente – anche a seguito dell'ampliamento delle azioni disponibili ad opera del Codice del processo amministrativo, il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 – possa garantire rimedi più adeguati.

Nell'ambito di tali riflessioni, assumerà una valenza centrale la ricostruzione dell'affidamento elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Differentemente dal diritto nazionale, la prospettiva eurounitaria, da un lato, muove da una logica di tipo sostanzialista che trascende il formalismo e "l'atto-centrismo" domestico; dall'altro, accorda un valore preminente al principio di legalità.

Più specificatamente, il lavoro sarà strutturato in tre capitoli.

Il primo capitolo si concentrerà sulla dimensione procedimentale dell'affidamento, cercando di ricostruire i modi in cui questo interferisce con il potere discrezionale dell'amministrazione e di coglierne gli effetti nei riguardi delle situazioni giuridiche sostanziali di cui è titolare il privato. La riflessione, sulla scorta di un'impostazione ormai pacificamente accolta, si svilupperà attorno alla distinzione fra due diverse figure di affidamento: l'affidamento legittimo, tipico del diritto amministrativo e l'affidamento incolpevole, proprio del diritto civile. La prima parte del capitolo sarà pertanto dedicata all'analisi del modello tradizionale di tutela dell'affidamento legittimo nell'annullamento d'ufficio, ossia il modello ponderativo, con la finalità di evidenziarne le origini e gli elementi di criticità. La seconda parte si focalizzerà invece sull'affidamento "contrattuale" nella *ratio* di cogliere affinità e divergenze tra la fase delle trattative precontrattuali, momento in cui solitamente emerge tale figura di affidamento, e la dialettica procedimentale.

In particolare, si cercherà di comprendere se e in che termini, anche nel diritto amministrativo possa operare la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento e in che modo l'affidamento possa rapportarsi alla

pretesa “principale”, oggetto del procedimento, ancorché l’attività amministrativa abbia carattere discrezionale.

Il secondo capitolo verterà invece sulla ricostruzione giurisprudenziale dell’affidamento, sia europea che nazionale.

La prima parte sarà infatti dedicata alla nozione dell’affidamento delineata dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea a partire dal noto caso *Algera* del 1957, sia in riferimento all’attività amministrativa, sia, in misura minore, per quella legislativa. Particolare attenzione sarà dedicata ai requisiti necessari (e sufficienti) richiesti dal diritto eurounitario ai fini della configurabilità di un affidamento meritevole di tutela, tenendo conto che l’ordinamento sovranazionale, al contrario di quello nazionale, non ammette la possibilità di fondare un affidamento “legittimo” *contra legem* e differenzia in modo più marcato i limiti al ritiro dei provvedimenti in base dei loro effetti per il destinatario.

Si approfondirà, in tal senso, la questione delle tipologie di provvedimenti o di condotte dell’amministrazione idonee a generare lo stato di fiducia, accordando un valore centrale al criterio delle cosiddette “rassicurazioni”.

La seconda parte sarà invece incentrata sull’analisi della giurisprudenza nazionale e sulla contrapposizione tra “l’impostazione civilistica” della Cassazione e “la ricostruzione pubblicistica” del Consiglio di Stato, ponendo enfasi sugli aspetti di divergenza e verificando la compatibilità delle soluzioni nazionali con la prospettiva europea.

Il terzo capitolo, infine, sarà dedicato all’apparato rimediale offerto dal nostro ordinamento a fronte della delusione dell’affidamento incolpevole da parte delle condotte contrarie a buona fede poste in essere dall’amministrazione. In particolare, alla luce della disciplina contenuta negli articoli 31 comma 3 e 34 comma 1 lett. c) del Codice del processo amministrativo, si indagherà sull’ammissibilità della tutela di condanna in forma specifica per i casi in cui sono coinvolti interessi legittimi pretensivi e la discrezionalità

amministrativa sia “esaurita” in forza di comportamenti inequivoci dell’amministrazione, fondativi dell’affidamento. In tale prospettiva, in nome di esigenze di effettività e satisfattività della tutela, si cercherà di comprendere se sia possibile – sulla scorta del criterio europeo delle rassicurazioni – che la consumazione dei margini di scelta dell’amministrazione avvenga ad opera non solo di atti formali, ma anche di altri indici comportamentali non aventi carattere provvedimentoale, ma comunque idonei a ridurre l’incertezza sull’esito del procedimento.

Capitolo I L'evoluzione dell'affidamento nella dialettica procedimentale

1 I percorsi di tutela nella dimensione amministrativistica - 1.1 Le origini romanistiche e la rilevanza nel diritto civile: il ruolo della buona fede tra componenti oggettiva e soggettiva - 1.2 La rilevanza dell'affidamento nell'ambito del diritto amministrativo: le resistenze al principio di buona fede e la compatibilità con la dimensione pubblicistica - 1.2.1 L'affidamento nel diritto amministrativo come situazione giuridica soggettiva autonoma - 1.2.2 Alla ricerca di un fondamento alternativo: l'affidamento certezza - 2 Gli sviluppi successivi nella prospettiva della tutela ponderativa - 2.1 I profili di criticità del modello ponderativo: la necessità di una "prima" revisione - 3 Affidamento "rilevante" e rimedi esperibili: la dicotomia affidamento legittimo - affidamento incolpevole - 3.1 Affidamento legittimo nell'annullamento d'ufficio - 3.1.1 Istanze di tutela e apparato rimediabile alla luce del diritto positivo: verso un superamento dell'affidamento procedimentale - 4 Affidamento "incolpevole" nella dimensione relazionale con la P.A. - 4.1 Consistenza dell'affidamento incolpevole nel diritto civile - 4.1.1 Norme di validità e norme di condotta. Un confronto tra diritto civile... - 4.1.2...e diritto amministrativo - 4.2 La lesione dell'affidamento incolpevole nel rapporto amministrativo: analisi e criticità delle ricostruzioni più recenti - 5 Insufficienza del modello risarcitorio e effettività della tutela: necessità di una ricostruzione alternativa

1 I percorsi di tutela nella dimensione amministrativistica

1.1 Le origini romanistiche e la rilevanza nel diritto civile: il ruolo della buona fede tra componenti oggettiva e soggettiva

Nel linguaggio comune il termine affidamento in linea generale individua la situazione di chi ripone fiducia in un determinato stato di cose e si comporta di conseguenza³.

Nel lessico giuridico il termine riflette tendenzialmente l'uso corrente, anche se, tuttavia, è spesso evocato per richiamare situazioni o istituti tra loro eterogenei che tendono, invece, a essere sovrapposti e ricondotti all'interno di un'unica categoria onnicomprensiva.

³ F. TRIMARCHI-BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole in Diritto processuale amministrativo* 3/2018, p.823.

Quanto alla sua origine, il concetto di affidamento si rinviene per la prima volta nel diritto romano e in particolare nella nozione di *fides*, intesa quale regola limitativa del potere nei rapporti caratterizzati da disuguaglianza, in cui una delle due parti si trovava in una condizione di subalternità e sottomissione rispetto all'altra e dunque era soggetta al suo arbitrio⁴.

In questi contesti relazionali di carattere asimmetrico, la parte “sconfitta” o sottoposta poteva invocare il principio della *fides* affinché il rapporto non diventasse eccessivamente sproporzionato e gravoso⁵.

Tali situazioni potevano verificarsi sia tra i singoli individui, sia nelle relazioni tra popoli nemici nell'ambito dei conflitti bellici, in una dimensione che potrebbe dunque definirsi più “internazional-pubblicistica”.

Progressivamente la nozione di *fides* ha acquisito rilevanza in particolar modo nei rapporti interprivati, afferenti alla dimensione civilistica, assumendo la valenza di clausola generale e regola di comportamento avente una funzione integratrice e riequilibratrice del regolamento negoziale e rispondente a esigenze di giustizia sostanziale⁶.

In accordo con tale accezione, nell'ambito del diritto dei contratti il concetto di affidamento è stato di seguito ricondotto alla nozione di buona fede cosiddetta *oggettiva*.

Parte delle tradizionali ricostruzioni civilistiche in tema di buona fede, recuperando una differenziazione già nota al diritto romano, sono infatti solite distinguere tra una componente oggettiva (buona fede in senso oggettivo) e una soggettiva (buona fede in senso soggettivo) della clausola di buona fede⁷.

⁴ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, p.14 e ss.

⁵ *Ivi*, p. 14 e ss.

⁶ V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1990, p.3 e ss.

⁷ La distinzione fra buona fede oggettiva e buona fede soggettiva emerge già nelle ricostruzioni teoriche elaborate a partire dal Codice civile del 1865. In particolare, tra i primi, si ricorda C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo*

Nell'ambito di questa bipartizione, la buona fede in senso oggettivo è tradizionalmente qualificata quale regola di condotta che impone alle parti negoziali di tenere un comportamento improntato a correttezza e lealtà e da cui derivano obblighi definiti "di protezione" che integrano la disciplina del rapporto⁸.

Tali obblighi, a loro volta, si sostanziano in una pluralità di condotte attive – oggi richiamate dal dato positivo e valorizzate dalla produzione giurisprudenziale, anche grazie all'incidenza della normativa comunitaria di ambito consumeristico – e prescrivono comportamenti differenti dalla prestazione principale con la finalità ultima di comportarsi in modo da "non pregiudicare o, per meglio dire, da salvaguardare l'interesse altrui, nei limiti del sacrificio del proprio"⁹.

Dal dato normativo attuale emergono una pluralità di norme che richiamano la buona fede intesa in senso oggettivo.

Si pensi ad esempio all'art.1337 del Codice civile, nell'ambito delle trattative precontrattuali, in cui si specifica che la violazione delle regole di buona fede espone a responsabilità precontrattuale; all'art.1375 del Codice civile in relazione all'esecuzione degli obblighi nascenti dal contratto – e secondo una certa interpretazione anche degli obblighi nascenti da altra fonte,

ai contratti, Padova, CEDAM, 1938, p.189 e M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939 p.142. La distinzione viene poi ripresa in elaborazioni più recenti dopo l'entrata in vigore del nuovo codice nel 1942. *Ex multis*, M. BESSONE-A. D'ANGELO, *Buona fede* in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1988, V. e S. ROMANO, *Buona fede* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1959.

Ma anche F. MERUSI in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni '30 all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 121 e ss. in cui l'A. distingue il *comportarsi secondo buona fede* e l'essere in buona fede.

Peraltro, secondo l'A. "l'impossibile sintesi fra buona fede soggettiva e buona fede oggettiva deve essere considerata, con molta probabilità, se non l'unico, uno dei principali elementi che hanno costituito un freno...all'inquadramento dei fenomeni pubblicistici sulla base del principio generale di buona fede."

⁸ *Ex multis*, L. MENGONI, *Scritti II-Obbligazioni e Negozio*, Milano, Giuffrè, 2011 e C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, Jus, 1976, p.146.

⁹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001 p.469.

ex art.1175 Codice civile¹⁰ – che richiama la buona fede quale criterio che orienta le condotte delle parti nell’adempimento delle prestazioni.

Ancora, si può ricordare l’art. 1366 del Codice civile in cui la buona fede viene indicata quale criterio interpretativo in relazione al regolamento contrattuale.

In accordo con questa accezione, il carattere “oggettivo” si manifesta in una tendenza all’ “obbiectivizzazione”¹¹ e in un’opera di “eteronormazione”¹² dei rapporti interprivati, ispirata da esigenze sia di certezza dei traffici giuridici sia di legalità sostanziale.

La disciplina del rapporto, pertanto, non è limitata al solo rispetto delle clausole contrattuali pattuite, le quali – come si avrà modo di approfondire in seguito – rilevano esclusivamente nel giudizio sulla validità del contratto, ma viene integrata da regole ulteriori che tradizionalmente attengono alla sola dimensione risarcitoria.

Al contrario, la connotazione soggettiva della buona fede individua tradizionalmente uno stato psicologico che si sostanzia nell’erronea convinzione da parte del soggetto di comportarsi in modo conforme alle norme, ovvero nell’ignoranza di ledere l’altrui diritto o di arrecare un pregiudizio, e riceve tutela dall’ordinamento nei soli casi previsti dalla legge¹³.

Il carattere soggettivo, dunque, non richiama un principio generale o un canone di comportamento, bensì attiene all’ *animus* del soggetto agente.

¹⁰ L’art 1175 cod. civ. prescrive la correttezza nell’esecuzione dell’obbligazione, indipendentemente dalla fonte della stessa. Accettando l’interpretazione che assimila il significato di “correttezza” menzionato all’art. 1175 con quello di buona fede prevista dall’art. 1375 cod. civ., le ricostruzioni maggioritarie ritengono che il principio di buona fede e correttezza operi nell’esecuzione di tutte le obbligazioni: U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo 1, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1974, p.7 e s.

¹¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p.126.

¹² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Edizioni scientifiche italiane, 1951, p.90 e ss.

¹³ G. GROSSO, *Buona fede (diritto romano)* *Enciclopedia del diritto*, Napoli, Giuffrè, 1959, p.661-664.

M. BESSONE-A. D’ANGELO, *Buona fede*, op.cit.

Nell' impianto delineato dal Codice civile del 1942 numerosi sono i riferimenti anche a questa "componente psicologica" della *fides*. In special modo, vi si riconducono, fra gli altri, gli artt. 1147 ("Possesso in buona fede"), 1153 ("Effetti dell'acquisto del possesso"), 1391 ("Stati soggettivi rilevanti"), 1415 ("Effetti della simulazione verso i terzi"), 1445 ("Effetti dell'annullamento verso i terzi") del Codice civile.

Peraltro, anche questa seconda accezione di *fides* non era sconosciuta alla tradizione romanistica che, al contrario, rappresenta proprio il fondamento degli istituti di carattere possessorio ora richiamati (acquisto in buona fede, usucapione).

Storicamente, tuttavia, sia il diritto romano che, in seguito, lo *ius commune* non hanno attribuito grande rilevanza all'accezione di buona fede quale erronea convinzione individuale¹⁴. Una prima, ma timida considerazione si rinviene nel diritto naturale.

Il tema venne invece più ampiamente recuperato a cavallo tra XIX e XX secolo nell'ambito delle riflessioni sul negozio giuridico e nella formulazione della cosiddetta Teoria della volontà.

Parte delle ricostruzioni scientifiche del tempo sostenevano infatti la centralità della volontà nella produzione degli effetti giuridici. Nel caso di difformità tra la stessa e la dichiarazione che il soggetto avesse eventualmente effettuato, si attribuiva valore vincolante alla prima, secondo una concezione "soggettiva" del negozio giuridico¹⁵.

Con l'evolversi della società e con la conseguente maggior complessità dei rapporti giuridici, in nome di esigenze di certezza e stabilità dei traffici giuridici, il primato della Teoria della volontà è stato scalzato dalla cosiddetta Teoria della dichiarazione la quale, al contrario, per la produzione degli effetti

¹⁴ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 34 ss.

¹⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p.37 ss.

giuridici, valorizzava la dichiarazione così come manifestata e percepita all'esterno, a prescindere dalla sua difformità con gli intenti rimasti inespressi nella sfera interiore¹⁶.

In accordo con questa seconda ricostruzione, era il momento dichiarativo a conferire vincolatività al negozio giuridico¹⁷, transitando dunque da una concezione soggettiva del contratto a una oggettiva, che oggi risulta prevalente.

È proprio nell'ambito di tali considerazioni che iniziò allora a maturare la cosiddetta teoria dell'affidamento che, “pur non rinnegando il ruolo della volontà, *riconosceva* una portata precettiva limitata alla dichiarazione, ossia nei confini in cui essa non *andava* a ledere l'affidamento del destinatario¹⁸”.

Nell'ambito di queste riflessioni sulla rilevanza dell'affidamento nella fase formativa del contratto, le elaborazioni successive si distinsero, a loro volta, in una duplice prospettiva. Da un lato, vi erano coloro che ritenevano che l'affidamento che veniva in essere fosse riconducibile alla buona fede soggettiva, ossia assimilabile a una condizione psicologica; dall'altro, vi erano coloro che invece sostenevano che, in queste circostanze, l'affidamento avesse una connotazione più generale, quale principio rispondente a una finalità equitativa o di giustizia sostanziale, riconducibile dunque alla buona fede oggettiva¹⁹.

La distinzione tra le due componenti della *fides* e la riflessione sul tema della volontà presero campo soprattutto nell'elaborazione della dottrina

¹⁶ *Ivi*, p.37.

¹⁷ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Napoli, CEDAM, 2021.

¹⁸ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela*, cit., p.35. Corsivo aggiunto.

¹⁹ *Ivi*, p.37.

civilistica tedesca²⁰ che continuò a sostenere la necessità di distinguere l'analisi e la disciplina dell'*animus* del soggetto da quelle della sua condotta²¹.

Al contrario, nel nostro ordinamento le ricostruzioni più risalenti sostenevano l'esistenza una concezione unitaria della buona fede²². In questo senso, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e la tutela *contra ius* del soggetto in stato di errore o ignoranza, erano allora concepiti come espressione di un unico principio non solo etico, ma anche giuridico²³.

Anche nell'impianto del Codice civile del '42 non si esplicita in realtà in modo netto tale distinzione, senonché già nella medesima Relazione al testo del Codice civile si dà conto della differenziazione.

In particolare, la Relazione chiarisce come il richiamo alla "buona fede" di cui all'art.1375 del Codice vada riferito non ad uno "stato psicologico subjetivo dell'agente, ma alla buona fede obiettiva". Inoltre, si prosegue specificando che quest'ultima è da intendersi quale regola di condotta che prescrive un comportamento leale delle parti²⁴.

Nelle elaborazioni civilistiche più recenti la distinzione è pacificamente accolta e l'opinione prevalente è solita ricondurre il principio di affidamento alla buona fede oggettiva.

²⁰ R. SACCO, *Affidamento* in *Enciclopedia giuridica*, Milano, Giuffrè 1958 p.661 e ss. Peraltro, il nostro Codice civile, benché "figlio" del *Code Civil* francese, è stato profondamente influenzato dall'elaborazione scientifica tedesca.

²¹ S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 13.

²² F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p.121. L'Autore ricorda che tale tesi ebbe origine da uno studio di Pietro Bonfante dedicato ai rapporti tra la buona fede e la teoria dell'errore.

Inoltre, l'A. ricorda che tale concezione si fonderebbe non sulle fonti romanistiche, come invece sostiene il Bonfante, ma potrebbe derivare da una lettura canonistica delle fonti romane.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Si veda la Relazione al Codice civile Relazione del Ministro Guardasigilli al Re per l'approvazione del testo del Codice Civile, presentata all'udienza del 16 marzo 1942. p.122, punto 619.

In particolare, si afferma che sarebbe lo stesso principio di buona fede (oggettiva) a determinare la tutela dell'affidamento in quanto elementi di una medesima fattispecie.

In questo senso, la buona fede c.d. oggettiva, richiedendo una lealtà reciproca nell'agire dei soggetti, da un lato andrebbe identificata come "causa giustificatrice dell'affidamento"²⁵ e nello stesso tempo risulterebbe essere "esigenza imprescindibile di condotta affinché l'affidamento risulti giustificato"²⁶.

1.2 La rilevanza dell'affidamento nell'ambito del diritto amministrativo: le resistenze al principio di buona fede e la compatibilità con la dimensione pubblicistica

Nell'ambito del diritto pubblico e, in special modo, nel diritto amministrativo in un primo momento le ricostruzioni maggioritarie manifestarono forti resistenze nell'attribuire rilevanza all'affidamento e alla sua tutela nei confronti dei pubblici poteri.

La critica principale riguardava la possibile compatibilità e applicabilità del principio "civilistico" di buona fede (di cui, sulla base di quanto detto nel paragrafo precedente, si assumeva essere corollario l'affidamento) con la struttura del pubblico potere e l'azione amministrativa.

Gli argomenti a sostegno di tale rifiuto erano suddivisi essenzialmente in due ordini di obiezioni: da un lato, infatti, vi era chi sosteneva che la funzione assolta dalla buona fede fosse in realtà assorbita dall'interesse pubblico; dall'altra vi era chi riteneva che l'operatività del principio fosse limitata ai soli rapporti tra privati.

Quanto al primo ordine di critiche, le maggiori riserve erano dovute al fatto che nel dibattito scientifico vi era un atteggiamento generale di diffidenza

²⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p.127.

²⁶ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, cit., p.197.

nei confronti delle clausole generali: si sosteneva infatti che l'introduzione della buona fede nel diritto amministrativo avrebbe provocato un'incertezza interpretativa e avrebbe attribuito all'interprete un potere eccessivo²⁷.

Inoltre, si faticava a distaccarsi dalla centralità attribuita all'interesse pubblico, espressione del rapporto di supremazia intercorrente tra privato e pubblici poteri.

A titolo esemplificativo, una certa elaborazione riteneva che la buona fede nel diritto amministrativo fosse in realtà coincidente con la nozione di interesse pubblico: in questo senso la valutazione operata sulla base della clausola di buona fede sarebbe già stata insita nell'obbligo dell'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico²⁸. Inoltre, con un argomento di carattere più "privatistico", si aggiungeva che la clausola non era riferibile al comportamento della pubblica amministrazione in quanto si trattava di una persona giuridica, cui non potevano essere riferite qualificazioni soggettive²⁹.

In riferimento invece al secondo ordine di obiezioni, ossia il carattere strettamente privatistico del principio, si sosteneva tradizionalmente che nel diritto amministrativo mancasse "l'urto delle volontà paritariamente contrapposte"³⁰ nei confronti delle quali il principio avrebbe svolto una funzione

²⁷ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit. p.54, l'A. riporta le riserve mosse dal Guicciardi sull'applicabilità della buona fede nel diritto amministrativo, anche se ritiene tali critiche infondate. Tali riserve sono da attribuire anche al fatto che l'ampio impiego di clausole indeterminate aveva favorito l'ascesa del nazionalsocialismo in Germania.

²⁸ E. GUICCIARDI, *Recensione* a K.H. Schmitt, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, p.561 e ss. Questa impostazione è fortemente criticata nelle ricostruzioni successive

²⁹ *Ivi*, p.562. L'A. sostiene che argomentando il contrario l'amministrazione potrebbe versare in mala fede e ciò è da escludersi, dal momento in cui essa preposta alla cura dell'interesse pubblico.

³⁰ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 373 e ss. Critico nei confronti di tale ricostruzione è, tra gli altri, F. MERUSI, *Buona fede*, cit., p.139-141 che ricorda come non solo la buona fede fosse presente anche al di fuori del diritto civile ma anche che all'interno dello stesso fosse richiamata da istituti differenti dal negozio giuridico. "Dall'applicazione della buona fede nel diritto civile non si può dunque negare la vigenza in altri settori dell'ordinamento", p.141.

regolatrice. A ciò si aggiungeva che la buona fede era applicabile esclusivamente all'ambito dei contratti e non anche altre branche del diritto.

Molte ricostruzioni che facevano leva su questo argomento per altro negavano l'applicabilità del principio, assumendo una nozione di buona fede equivalente a quella vigente nel diritto civile³¹ senza adattarla alla dimensione amministrativa.

In particolare, si asseriva che, se la buona fede nel diritto dei contratti era funzionale a garantire l'interesse pubblico alla correttezza dei traffici giuridici, soprascedendo alla volontà delle parti e agli interessi individuali; nel diritto amministrativo tale funzione sarebbe stata inutile, in quanto il perseguimento dell'interesse pubblico rappresenta lo scopo principale dell'attività amministrativa³².

A seguito poi dell'entrata in vigore della Carta costituzionale³³, con il delinearsi del nuovo assetto ordinamentale, si è assistito ad un ripensamento della natura e della funzione dell'Amministrazione che ha profondamente influenzato anche la letteratura successiva sul ruolo della clausola di buona fede nel rapporto fra cittadini e amministrazione.

Alla luce del nuovo ordinamento costituzionale, sono state allora avanzate ricostruzioni che hanno tentato di qualificare la buona fede quale principio generale dell'ordinamento ovvero di ricondurla a un principio costituzionale³⁴.

³¹ Secondo Manganaro, se si accoglie una nozione civilistica di buona fede l'incompatibilità tra la stessa e diritto amministrativo sembra risultare *in re ipsa*.

³² M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit. p.373. Tuttavia, bisogna dar conto che l'A. poi ha superato questa visione e ha riconosciuto la rilevanza del principio di buona fede oggettiva, sia nell'ambito dei comportamenti di diritto privato, che di diritto pubblico, tuttavia conservando le stesse caratteristiche della nozione civilistica.

³³ Già alcune ricostruzioni erano state proposte prima dell'emanazione della Carta costituzionale

³⁴ In particolare, su tutti emerge U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, che ritiene la buona fede come proiezione dell'imparzialità. Secondo l'A. l'applicazione della buona fede al diritto amministrativo discende dal carattere imparziale dell'amministrazione stessa. L'amministrazione, secondo questa ricostruzione, non sarebbe titolare di un interesse proprio e in ogni caso sarebbe tenuta a contemperarlo di cui

Sul versante dell'elaborazione giurisprudenziale amministrativa, nonostante non fossero infrequenti i casi di applicazione del principio di buona fede per la tutela della posizione privata nelle ipotesi di annullamento d'ufficio, i giudici, fino agli anni Cinquanta-Sessanta, continuarono a mantenere una certa cautela nel richiamarla espressamente³⁵.

1.2.1 L'affidamento nel diritto amministrativo come situazione giuridica soggettiva autonoma

Un contributo fondamentale nella ricostruzione di una figura autonoma di affidamento e della sua tutela nel rapporto con l'amministrazione si deve all'elaborazione di Merusi³⁶.

A partire dagli anni Settanta del secolo scorso, superando le impostazioni avanzate fino a quel momento, l'Autore iniziò a sostenere che non fosse necessario ricavare la buona fede dai principi costituzionali in quanto si trattava di una norma integrativa autonoma che “eventualmente poteva trovare implicazione in qualche norma costituzionale³⁷”.

sono portatrici le parti procedimentali. L'attività amministrativa si eserciterebbe mediante una funzione di cui titolare è l'Amministrazione, ma di cui i cittadini rappresentano i collaboratori.

La funzione amministrativa si configurerebbe dunque come un rapporto di collaborazione con i cittadini, il cui principio regolatore sarebbe rappresentato appunto dal principio di buona fede.

Quest'ultima, prescindendo dalla distinzione nella componente oggettiva e soggettiva, sarebbe da intendere come obbligo di agire in conformità con ciò che si ritiene giusto (*correttezza*) e nel rispetto degli impegni assunti (conservazione delle posizioni acquisite).

³⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento del cittadino*, cit. p.2. Secondo un'altra interpretazione, vedi F. TRIMARCHI-BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino* in *Diritto Amministrativo*, 4/2005 in realtà la giurisprudenza amministrativa non tutelava affatto l'affidamento del privato, ma era sempre incardinata nella logica dell'interesse pubblico.

³⁶ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino (buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1970 e nella nuova edizione *Buonafede e affidamento*, cit.

³⁷ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento del cittadino*, cit., p.6. L'A. ricorda che fino alla sentenza della Corte costituzionale del 4 novembre del 1999 n.416 la tutela dell'affidamento è sempre stata inquadrata nell'ambito di qualche norma costituzionale (solitamente art.2, art.38 o art.3). Sostiene che, se si volesse dotare il principio di una patente di costituzionalità, dovrebbe essere considerato un principio costituzionale non scritto.

La buona fede (oggettiva) in questo senso rappresentava se mai “(anche) una norma costituzionale, o, meglio, una norma verticale, un principio non scritto di integrazione dell’intera gerarchia delle fonti³⁸”, riconosciuta a livello nazionale e comunitario.

Nell’ambito di tale funzione di “eteronormazione”, il principio, secondo l’autore, si manifesterebbe in una duplice articolazione.

Da un lato, in accordo con un’accezione più ristretta, la buona fede comporterebbe l’obbligo di *non venire contra factum proprium* ossia l’obbligo di comportarsi in conformità con il proprio precedente comportamento³⁹. Si farebbe riferimento in questo caso alla buona fede come espressione principio di non contraddizione.

Dall’altro, secondo un significato più ampio, prescriverebbe di comportarsi secondo correttezza, un concetto quest’ultimo astratto e indeterminato, ma determinabile alla stregua della fattispecie concreta e “delle sue implicazioni con le istanze della costituzione economico materiale⁴⁰”. Si ravviserebbe in questo senso “un obbligo comportamentale irrelato” secondo il canone di correttezza non riferito ad una condotta precedente⁴¹.

Questa distinzione risulta utile per delineare il rapporto tra il principio di buona fede e l’affidamento del privato.

Infatti, in accordo con tale ricostruzione, soltanto l’affidamento che discende dal principio di non contraddizione potrebbe concretizzarsi in una situazione giuridica soggettiva, ingenerata “da un altrui comportamento (anche l’inerzia), tutelabile dal principio di buona fede, che in questo caso,

³⁸ Concorde con tale impostazione è anche la tesi di A. ALBANESE, *Buona fede e contratto legge in Europa e diritto privato* 1/21 p.31 e ss.

³⁹ *Ivi*, p.126 ss.

⁴⁰ *Ibidem* L’A. afferma tuttavia che anche il principio di non contraddizione “non è che un particolare profilo della correttezza”.

⁴¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento del cittadino*, cit., p.126.

prescriverebbe che il successivo comportamento sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui fiducia”⁴².

Al contrario, di fronte all'obbligo di comportarsi in modo corretto in assenza di un precedente comportamento vi sarebbe invece soltanto un'aspettativa generica che la controparte agisca *secundum ius*⁴³.

L'affidamento, così come individuato nella prima ipotesi, pur trovando fondamento nella buona fede oggettiva, viene qualificato per la prima volta come una situazione autonoma e preliminare a quest'ultima. D'altro canto, secondo l'Autore, il principio di buona fede non assicurerebbe di per sé una tutela automatica alla situazione di affidamento, ma richiederebbe il ricorso al criterio più elastico della correttezza⁴⁴.

La riflessione dell'Autore si concentra in special modo anche sulla questione della tutela dell'affidamento nei casi di mutamento⁴⁵ di un precedente provvedimento o comportamento posto in essere da parte della pubblica amministrazione, mediante l'adozione di un provvedimento successivo (di secondo grado).

In tali circostanze, si sottolinea innanzitutto la necessità di apportare preliminarmente una distinzione tra atti ad effetto sfavorevole per il privato, anche definiti ablatori, e atti ad effetto favorevole o ampliatori.

Nel primo caso, la variazione di comportamento, per il tramite l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, avrebbe un effetto “risarcitorio” e, nei limiti, ripristinatorio (si pensi, a titolo esemplificativo, a un provvedimento di esproprio poi annullato). Pertanto, non si avrebbe una delusione in negativo dell'aspettativa del privato.

⁴² F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit. p.128. Si fa riferimento in questo caso al cosiddetto “affidamento in senso stretto”, corsivo aggiunto.

⁴³ *Ibidem*. L'A. ricorda che la distinzione sopra delineata tende a dissolversi quando l'affidamento non è generato da un precedente comportamento, ma dall'inerzia. Si può parlare in questo caso invece di “affidamento in senso ampio”.

⁴⁴ *Ivi*, p.48.

⁴⁵ *Ivi*, p.142. L'A. descrive gli adempimenti che dovrebbe porre in essere l'amministrazione nell'ambito dell'annullamento d'ufficio.

Nel caso invece degli atti ad effetto favorevole, l'esercizio del potere di autotutela interverrebbe eliminando una situazione di "vantaggio" per il privato. L'efficacia favorevole, difatti, si esplica in linea generale proprio in un ampliamento della posizione giuridica o nell'eliminazione di oneri o obblighi preesistenti per il privato⁴⁶.

Si avverte allora la necessità di individuare dei "temperamenti" al "privilegio"⁴⁷ dell'amministrazione al fine di salvaguardare la situazione di vantaggio acquisita per il tramite dell'affidamento ingenerato dal precedente comportamento dell'Amministrazione poi disatteso o contraddetto⁴⁸.

Ciò, senza dubbio, ha dei risvolti sul piano dell'apparato rimediale.

La soluzione prospettata dall'autore è stata allora quella di valorizzare la qualificazione della buona fede, non quale *obbligo di non contraddizione*, ma quale *obbligo di valutare e ponderare l'interesse* del titolare dell'affidamento con l'interesse pubblico (all'annullamento)⁴⁹ nel momento in cui l'amministrazione avesse deciso di modificare il suo indirizzo.

In tali circostanze, la buona fede non interverrebbe infatti in modo automatico, ma si inserirebbe nel bilanciamento degli interessi compiuto nella fase decisoria nel rispetto del principio proporzionalità.

Pertanto, l'affidamento non costituirebbe di per sé un limite assoluto al mutamento di indirizzo o ai provvedimenti di secondo grado, ma imporrebbe, per il tramite della funzione integrativa della buona fede, in primo luogo un giudizio sull'idoneità del comportamento dell'amministrazione a generare tale affidamento, in secondo luogo una valutazione sulla "ragionevolezza" dello stesso e infine una verifica della "ragionevole prevalenza dell'interesse

⁴⁶ S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato*, cit. p. 56. I provvedimenti favorevoli possono avere un effetto costitutivo, modificativo o estintivo di uno *status*, conferire beni, attribuire diritti, facoltà o poteri.

⁴⁷ F. MERUSI, *Buona fede*, cit., p.92 e ss.

⁴⁸ Ad essere tutelata è la situazione di affidamento nella cosiddetta accezione in senso stretto.

⁴⁹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit. p.271 ss. Peraltro, si ribadisce come l'interesse all'annullamento non può coincidere con il mero interesse al ripristino della legalità.

pubblico sopraggiunto rispetto alla situazione di affidamento precedentemente determinata⁵⁰”.

La valutazione sulla prevalenza dell’interesse pubblico all’annullamento dovrebbe essere poi esplicitata nella motivazione del provvedimento di secondo grado e dunque, il sindacato giudiziale investirebbe l’adeguatezza della motivazione stessa⁵¹ e, nel caso questa risultasse inidonea, il provvedimento di secondo grado dovrebbe essere annullato.

Nell’ambito di tale giudizio, l’Autore sosteneva inoltre che il sindacato andrebbe compiuto per “sintomi”⁵², aventi come parametro di riferimento il principio di buona fede, e dunque ricorrendo all’utilizzo di tecniche affini a quelle che emergono nell’ambito della valutazione sull’eccesso di potere.

Tuttavia, l’oggetto dell’indagine divergerebbe nelle due ipotesi: nel primo caso, infatti, la verifica si rivolgerebbe all’osservanza di una norma di condotta da parte dell’amministrazione nel rapporto con il cittadino; nel secondo, invece, il controllo atterrebbe all’esercizio della funzione secondo lo *standard* di logicità-ragionevolezza⁵³.

La buona fede pertanto non emergerebbe quale figura di eccesso di potere, ma si qualificerebbe invece come parametro di giudizio⁵⁴.

Inoltre, sempre per quanto attiene agli interessi pretensivi, l’Autore già evidenziava come il modello ponderativo e la tutela demolitoria, in certi casi, potrebbero risultare insufficienti e inadeguati.

Si pensi all’ipotesi classica dell’interesse all’ottenimento di un’autorizzazione per l’apertura di un’attività commerciale sulla base di un piano commerciale già approvato: una tutela piena ed effettiva della posizione di

⁵⁰ *Ivi*, p.240.

⁵¹ *Ivi*, p.273.

⁵² *Ivi*, p.240 L’A. rileva come il procedimento logico compiuto dal giudice è del tutto identico quando il parametro non è un principio generale, ma una norma di legge.

⁵³ F. TRIMARCHI-BANFI, *L’annullamento d’ufficio e l’affidamento del cittadino*, in *Diritto amministrativo*, 4/2005, p.844.

⁵⁴ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p.240.

affidamento, poi disatteso da un provvedimento di autotutela, può conseguire soltanto ove siano introdotti strumenti giuridici volti a costringere l'Amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto⁵⁵.

Così come una situazione analoga – sottolineava l'Autore – si potrebbe verificare nelle ipotesi in cui l'amministrazione, dopo aver manifestato dei comportamenti in una certa direzione, generando una situazione di affidamento (per esempio mediante una "promessa"), decida di restare inerte. Anche in tale circostanza, si ritiene che solo una tutela di condanna all'adempimento possa rappresentare il rimedio più adeguato⁵⁶.

Si faceva già riferimento, dunque, alla necessità di prevedere nella fisionomia del processo amministrativo un'azione di adempimento che consentisse di conseguire una tutela anche in forma specifica, sia in caso di diniego del provvedimento, sia in caso di inerzia.

Queste due azioni sono oggi previste rispettivamente dagli articoli 31 comma 3 e 34 comma 1 lett. c) e 31 comma 1 del Codice del processo amministrativo⁵⁷.

In definitiva, alla luce di quanto detto, l'elaborazione di Merusi senza dubbio muove da una prospettiva maggiormente garantista dei rapporti fra privato e amministrazione, soprattutto per quegli anni, proponendosi di superare l'impostazione puramente verticistica e dotando l'affidamento di una consistenza soggettiva.

Tuttavia, l'assetto generale di tutela che ne deriva, benché senza dubbio "rivoluzionario" per l'epoca e coerente con il tradizionale sindacato di legittimità del giudice amministrativo, realizza una protezione soltanto indiretta

⁵⁵ *Ivi*, p. 273.

⁵⁶ *Ivi*, p.170 e ss. L'A. inoltre rileva la difficoltà di provare tale affidamento laddove non si cristallizzato in atti scritti.

⁵⁷ Si fa riferimento al Decreto legislativo del 2 luglio 2010, n.104.

dell'affidamento, ancorata all'esercizio della discrezionalità amministrativa⁵⁸ nella fase della ponderazione degli interessi.

La novità più significativa certamente risiede nelle premesse⁵⁹: si assume per la prima volta che il cittadino nel rapporto con la pubblica Amministrazione possa essere titolare di pretese autonome ancorate sull'affidamento.

1.2.2 Alla ricerca di un fondamento alternativo: l'affidamento certezza

Nell'ambito del dibattito sul fondamento dell'affidamento nel diritto pubblico, era tradizionalmente proposta anche un'altra ricostruzione: l'affidamento non veniva ricollegato alla buona fede oggettiva, ma al principio di certezza del diritto, in particolare nella sua accezione di stabilità degli effetti, sulla scorta di quanto avveniva nell'ordinamento tedesco e (in parte) in quello europeo⁶⁰.

Questa impostazione si allineava al tendenziale scetticismo attorno all'applicabilità di un principio di radice privatistica, quale la buona fede, al rapporto con i pubblici poteri.

Senza dubbio, in termini generali, si può affermare che il valore della certezza giuridica – nelle sue due componenti della prevedibilità e della stabilità – risulta essere essenziale per consentire una piena libertà di autodeterminazione dei consociati rispetto all'attività legislativa e all'azione amministrativa.

In questo senso, però, “ricondere la tutela dell'affidamento alla certezza del diritto significa ricondurla allo Stato di diritto⁶¹”.

⁵⁸ S. ANTONIAZZI, op. cit.

⁵⁹ F. TRIMARCHI-BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino* in *Diritto Amministrativo*, 4/2005, p.843, e ss.

⁶⁰ D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata* in *Diritto Amministrativo*, 4/2008, p.757-789.

⁶¹ *Ivi*, p.757.

Tuttavia, se il rifiuto del carattere fondativo della buona fede risulta condivisibile rispetto all'attività legislativa, in cui non si sviluppa una relazione giuridica tra legislatore e consociati, appare poco convincente quando il privato si confronta con l'amministrazione.

In tal caso, infatti, si configura un vero e proprio rapporto in cui emergono anche obblighi reciproci, diretta espressione del principio di buona fede⁶².

Nell'ambito di questa ricostruzione, la valorizzazione della dimensione dialogica nel rapporto fra privato e amministrazione fa (ri)emergere il ruolo della buona fede come parametro alla stregua del quale valutare le condotte delle parti e garantire gli strumenti di tutela più adeguati.

Da un'altra prospettiva, come verrà evidenziato nel prosieguo dello studio, la qualificazione dell'affidamento in termini di stabilità degli effetti appare poco soddisfacente con riferimento ad istituti come l'annullamento d'ufficio poiché impedisce l'emersione dell'interesse privato effettivamente leso.

2 Gli sviluppi successivi nella prospettiva della tutela ponderativa

Sulla scorta della tesi di Merusi, le elaborazioni successive sull'affidamento hanno mantenuto tendenzialmente l'impostazione della tutela ponderativa e della logica del bilanciamento, secondo un modello che, però, come anticipato, non sembra operare diversamente rispetto a quanto avviene nell'esercizio "normale" della discrezionalità⁶³.

In accordo con tale prospettiva, l'affidamento viene infatti generalmente concepito come un limite alle scelte discrezionali

⁶² G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, p. 98-105.

⁶³ F. TRIMARCHI-BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento*, cit. Anche A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1/2018 p.130 e ss.

dell'amministrazione, la quale, nell'ambito del "riesercizio" del potere, è chiamata a tenere in adeguata considerazione le legittime aspettative del privato in ordine alla stabilità dell'assetto degli interessi precedentemente determinato mediante un provvedimento (o un comportamento) da essa emanato⁶⁴.

Per quanto attiene invece al fondamento del principio di buona fede, alcune delle ricostruzioni successive fanno leva sul dovere di solidarietà sociale e sul principio del *neminem laedere* enunciati all'art. 2 della Carta costituzionale⁶⁵.

Il dovere di correttezza, in questa accezione, viene inteso come "fondamento irrinunciabile di ogni ordinamento...vigente nel nostro attuale assetto costituzionale" che, al fine di garantire lo "svolgimento" della personalità dell'individuo, "tutela la lealtà e la verità dei rapporti intersoggettivi"⁶⁶, operante nei confronti della pubblica amministrazione a prescindere dal regime la cui attività è sottoposta.

In accordo con tale ricostruzione, la protezione dell'affidamento sarebbe assicurata direttamente dalle disposizioni della legge sul procedimento mediante gli istituti partecipativi⁶⁷ che, consentendo al privato di introdurre i propri interessi, concorrerebbero a orientare la decisione dell'amministrazione e a determinare la regola del caso concreto.

⁶⁴ M.T.P. CAPUTI-JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento* in RENNA M.-SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁶⁵ F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit. 113 e ss. che recupera le tesi di S. RODOTÀ. L'A. ritiene che il fondamento di tale dovere non possa essere individuato nell'art. 97 della Costituzione come invece sosteneva Allegretti in quanto la tutela dell'imparzialità non sempre assicurerebbe la tutela della buona fede e inoltre si riferirebbe ad una soltanto delle parti del rapporto.

⁶⁶ *Ivi*, p.115 e ss. L'A. afferma che il principio di buona fede consiste "nell'esercitare i diritti in maniera tale da non comportare un eccessivo sacrificio della sfera giuridica altrui".

⁶⁷ F. MANGANARO, *Buona fede e affidamento*, cit. p.136 e ss. L'Amministrazione secondo l'A. non accerta i fatti, ma li crea, secondo i modi in cui gli interessi vengono manifestati nel procedimento. Mediante gli istituti partecipativi si realizzerebbe un modo diverso di realizzazione degli interessi pubblici. L'Amministrazione non sarebbe l'unico soggetto titolare della funzione amministrativa, ma la partecipazione identificherebbe una dimensione collaborativa, seppur sempre dialogica e conflittuale.

Tali istituti sono considerati espressione del dovere di correttezza che vincola tutti coloro che intervengono nel procedimento.

L'affidamento del privato sarebbe ingenerato dunque dalle modalità e dalle garanzie su cui il procedimento stesso è strutturato, le quali, a loro volta, consentirebbero di incidere nella ponderazione degli interessi⁶⁸.

Una diversa ricostruzione, basata sempre sull'obbligo di buona fede, ritiene che la tutela dell'affidamento, oltre che incidere nella fase del bilanciamento, si concretizzi in "una tendenziale conservazione delle posizioni acquisite"⁶⁹ sulla base di una precedente determinazione discrezionale.

Tali posizioni, che sono identificate con le situazioni giuridiche favorevoli per il privato, potrebbero dunque costituire un limite all'esercizio dei poteri di secondo grado laddove "l'interesse privato sia stato già inserito in un rapporto amministrativo costituito e consolidato, alla cui modifica o eliminazione l'amministrazione intenda apprestarsi"⁷⁰, ossia qualora la discrezionalità sia già stata spesa e la composizione degli interessi sia già stata realizzata.

⁶⁸ Ivi, p.148 ss. L'A. recuperando poi la tesi di M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, p.215, ritiene che dall'obbligo di buona fede derivi un effetto preclusivo del giudicato al riesercizio del potere. In particolare, l'A. argomenta che attraverso la partecipazione al procedimento e per effetto dell'obbligo gravante sull'amministrazione di valutare le memorie e i documenti dei privati, l'istruttoria compiuta dall'amministrazione dovrebbe risultare alquanto completa.

A sua volta, la completezza dell'istruttoria farebbe presumere che la decisione dell'amministrazione sia definitiva (avendo avuto la possibilità di acquisire tutti i fatti prima di scegliere), determinando l'affidamento del privato in ordine alla stabilità degli effetti della decisione.

Il principio di buona fede, così come incardinato negli istituti partecipativi, comporterebbe l'obbligo di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere. L'affidamento suscitato implicherebbe allora non solo un limite all'esercizio dei poteri di autotutela, ma anche un effetto preclusivo del giudicato impedendo all'amministrazione di esercitare nuovamente il potere in un atto con il medesimo contenuto.

⁶⁹ A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, cit. p. 142 e ss.

⁷⁰ Ivi, p.142. Da queste posizioni vanno distinte le cosiddette aspettative di mero fatto riconosciute in capo al privato nel momento in cui per la prima volta "l'amministrazione si dispone all'emanazione della norma del rapporto".

Detto limite sarebbe superabile solo “mediante specifica, analitica e congrua motivazione”⁷¹. In questo senso, dunque, l’affidamento del privato sarebbe generato dalla preesistenza di posizioni consolidate⁷².

2.1 I profili di criticità del modello ponderativo: la necessità di una “prima” revisione

Le impostazioni ora menzionate, benché senza dubbio perseguano ad *una ratio* di effettività e legalità sostanziale, restano ancorate, come già anticipato, ad una tutela dell’affidamento di tipo ponderativo, coerente senz’altro con la natura oggettiva e impugnatoria della giurisdizione del tempo, ma che presenta elementi di problematicità soprattutto alla luce dell’evoluzione delle regole del procedimento e del processo amministrativo avvenute negli anni successivi.

In particolare, una delle più frequenti critiche rivolte al modello ponderativo attiene al fatto che – come si è ricordato – la tecnica del bilanciamento degli interessi nella dimensione dell’autotutela in realtà non sarebbe in realtà un’operazione differente rispetto all’ordinario esercizio della discrezionalità da parte dell’amministrazione⁷³ da intendersi come valutazione di tutti gli

⁷¹ A. MANTERO, op.cit., p.143.

⁷² Altre ricostruzioni invece individuano il fondamento del principio di buona fede in disposizioni costituzionali differenti. *Ex multis*, si può menzionare F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p.22, che fa discendere il principio di buona fede operante nel procedimento dagli articoli 2, 3 e 97 della costituzione. A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento del cittadino*, cit., p.122 che riconduce invece il fondamento nell’art.3 della costituzione.

⁷³ In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *L’annullamento d’ufficio*, cit. p. 846 e ss. Inoltre, secondo la tesi dell’A. la stessa giurisprudenza che secondo Merusi avrebbe riconosciuto *ante litteram* e tutelato implicitamente l’affidamento del privato, in realtà non attribuiva alcuna consistenza autonoma alla posizione di affidamento del privato. Al contrario questo veniva tutt’al più considerato come componente di quella situazione complessiva nella quale era da inserirsi l’interesse pubblico da perseguire.

Lo stesso richiamo alle esigenze di equità presente nella giurisprudenza degli anni 50 e 60 non si presenta come “riconoscimento di una posizione soggettiva autonoma”, ma come “correttivo alle esigenze del principio di legalità”. “L’interesse del privato non è preso in considerazione in virtù dell’affidamento”: è solo un riflesso dell’interesse pubblico. Secondo l’A. questa sarebbe la vera *ratio* dei limiti posti dalla giurisprudenza al potere di

interessi presenti nella situazione esistente al momento dell'assunzione della decisione.

In tal modo, infatti, l'interesse del cittadino riceverebbe tutela soltanto indirettamente dal corretto uso del potere discrezionale e sarebbe rilevante esclusivamente per il fatto di costituire una componente della situazione complessiva che l'amministrazione deve valutare nell'esercizio del potere di autotutela⁷⁴, anche se l'interesse privato assume una rilevanza specifica⁷⁵.

L'intrinseca discrezionalità del potere di autotutela, in considerazione del suo carattere ontologicamente "non obbligato", non consentirebbe pertanto una garanzia di risultato per il cittadino: "la garanzia non è di contenuto, ma solo nelle modalità del procedimento"⁷⁶.

L'affidamento rappresenterebbe solo un "accidente" che interferisce nell'esercizio del potere, ma non potrebbe mai condizionarne l'esito⁷⁷.

Un secondo elemento di criticità si ha poi nel rapporto con il principio di legalità.

Il modello ponderativo nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, infatti, sembra riconoscere la tutela all'affidamento a prescindere dalla legittimità del provvedimento⁷⁸.

Nella prospettiva processuale poi la qualificazione dell'affidamento quale uno degli interessi da bilanciare nella fase ponderativa della decisione di secondo grado, ne circoscrive la tutela al solo rimedio demolitorio⁷⁹.

autotutela dell'Amministrazione. Si arriva pertanto ad escludere che, nella logica della tutela ponderativa, possa esistere un affidamento del cittadino in sé per sé.

⁷⁴ *Ivi*, p.658.

⁷⁵ Ricorda A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit. p.130 ss. nel ripercorrere l'evoluzione della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza e nelle elaborazioni sul modello ponderativo. "L'affidamento si risolve in un argomento da ponderare nel procedimento"

⁷⁶ *Ivi*, p.130 e ss.

⁷⁷ *Ivi*, p. 138.

⁷⁸ G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, p.30.

⁷⁹ G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., p.30.

La posizione privata in questo senso resterebbe priva di tutela laddove, per esempio, il pregiudizio non derivi da una scorretta ponderazione degli interessi, ma da comportamenti scorretti⁸⁰ e non vi sia nessun atto da impugnare o da annullare.

Il modello del bilanciamento, infatti, riguarda soltanto una delle specifiche manifestazioni del potere ossia l'adozione di un provvedimento di secondo grado di annullamento, ma, nonostante questo, è stato tendenzialmente generalizzato a ogni qual volta il potere si confronti con l'affidamento del cittadino⁸¹.

In quest'ottica, la soluzione prospettata appare insoddisfacente in quanto non riesce a garantire in maniera effettiva la pretesa sostanziale in cui si realizza l'affidamento⁸², ma anzi rischiando di sovrapporlo all'interesse legittimo, espone così il privato al mutamento di indirizzo dei pubblici poteri, “anche quando, sulla base di impegni dichiarati formalmente dall'amministrazione, egli abbia assunto impegni consistenti”⁸³.

Quanto all'ambito dell'apparato delle tutele processuali, come accennato in precedenza, un ulteriore profilo problematico è individuato nelle modalità di esercizio del sindacato giudiziale sul provvedimento di secondo grado.

L'accertamento della violazione dell'affidamento ad opera del giudice avviene per sintomi come accade per l'eccesso di potere: la valutazione verte da un lato sulla considerazione accordata all'interesse privato in fase di ponderazione (così come per tutti gli altri interessi rilevanti) e, dall'altro, sulla proporzionalità del sacrificio arrecato all'interesse del privato in caso di prevalenza dell'interesse pubblico all'annullamento.

⁸⁰ S. ANTONIAZZI, op. cit., p. 59.

⁸¹ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino*, cit., p.132.

⁸² *Ivi*, p.135. L'affidamento secondo l'A. ha un contenuto tipicamente sostanziale corrispondente a un bene e a un valore economico.

⁸³ *Ibidem*.

La verifica per il primo profilo si incentra sulla sufficienza e adeguatezza della motivazione, non aggiungendo nulla rispetto al diritto ad una motivazione stringente; per il secondo profilo, rischia di duplicare il giudizio sul rispetto del principio di proporzionalità⁸⁴.

In definitiva il modello tradizionale, anche alla luce dei nuovi strumenti di tutela apprestati dal legislatore, mostra l'esigenza di un'inevitabile rivisitazione.

In una direzione che in parte "si svincola" dalla prospettiva ponderativa si pone l'impostazione che considera quali fonti dell'affidamento le predeterminazioni o i cosiddetti autovincoli predisposti dall'amministrazione nel procedimento nella disciplina del rapporto⁸⁵.

Frequentemente difatti l'amministrazione nell'adottare decisioni o provvedimenti è tenuta al rispetto di una serie di criteri precedentemente determinati dal legislatore o dall'amministrazione stessa, la cui violazione, secondo tale impostazione, lederebbe l'affidamento ingenerato sulla condotta futura dell'amministrazione.

L'affidamento in tali circostanze emergerebbe in primo luogo quale "effetto caratteristico della predeterminazione dei canoni di condotta da parte dell'amministrazione", ma anche come ragione giustificativa della limitazione stessa⁸⁶.

Parte delle elaborazioni più recenti hanno allora tentato di superare l'apparato rimediale accordato all'affidamento dal modello ponderativo, anche

⁸⁴ G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto*, cit., p.32.

⁸⁵ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative - Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997

⁸⁶ *Ivi*, p.69 e ss. Gli stessi autovincoli (o autolimiti) rappresentano inoltre elementi consumativi della discrezionalità all'interno del procedimento, con ricadute sul piano della tutela in caso di loro violazione.

La questione degli autolimiti verrà affrontata più approfonditamente nel Capitolo III.

sulla scorta degli interventi normativi introdotti⁸⁷, in una prospettiva ispirata ad una finalità “riequilibratrice” del rapporto tra amministrazione e cittadino.

Nel dibattito scientifico attuale tendenzialmente non emergono più preclusioni all’applicazione del principio di buona fede nel diritto amministrativo.

Anche il dato normativo conferma tale impostazione: il legislatore è infatti intervenuto sulla Legge sul procedimento amministrativo (Legge 7 agosto 1990, n.241) inserendo il comma 2 *bis*⁸⁸ all’art. 1 in cui si afferma oggi che “i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”.

Per quanto attiene all’affidamento, nelle norme sul procedimento amministrativo non si riscontra ad oggi un riferimento esplicito, tuttavia, la sua affermazione si ricava indirettamente dall’art. 1 comma 1, rubricato “Principi generali dell’attività amministrativa”, che enuncia che l’attività amministrativa deve svolgersi in accordo con i principi dell’ordinamento comunitario⁸⁹.

⁸⁷ Si fa riferimento per quanto attiene il procedimento amministrativo, oltre alla Legge del 7 agosto 1990 n.241 che ha disciplinato in maniera organica il procedimento amministrativo, alla Legge del 11 febbraio 2005 n.15 che ha introdotto nella L. n. 241 gli artt. da 21 *bis* a 21 *nonies*, alla Legge Delega del 7 agosto 2015 n.124 e i suoi Decreti Legislativi di attuazione, al decreto-Legge del 16 luglio 2020 n.76.

Per quanto attiene il processo amministrativo la disciplina è contenuta attualmente nel Decreto Legislativo del 2 luglio 2010 n.104 sul quale sono intervenuti alcuni correttivi nel 2011 e nel 2012. È stato modificato poi riguardo ai contratti pubblici e gli appalti con il Decreto Legislativo del 31 marzo 2023 n.36.

⁸⁸ Comma aggiunto dall’ art. 12, comma 1, lett. 0 a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

⁸⁹ In particolare, la norma recita: “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”. La dimensione eurounitaria dell’affidamento verrà affrontata nel Capitolo II

Tuttavia, un richiamo⁹⁰ si rinviene nell'art. 5 del Codice dei contratti pubblici⁹¹(rubricato “principi di buona fede e di tutela affidamento”), il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che enuncia al primo comma che “nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”. Poi prosegue affermando che “nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico”⁹².

Pertanto, alla luce numerosi elementi di criticità del modello ponderativo e della concezione classica dell'affidamento, ai fini della presente indagine – tenuto conto del quadro normativo vigente – emerge allora la necessità di comprendere quale sia oggi la consistenza dell'affidamento tutelabile, quali siano le circostanze e le situazioni in grado di ingenerarlo e quali siano gli strumenti di tutela posti in essere dall'ordinamento nazionale e da quello europeo.

⁹⁰ G. GRECO, *Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 3/2025, p. 525-548. In particolare, p. 526 in cui si afferma che così il collegamento fra buona fede e affidamento è “normativamente” imposto, oltre che logicamente.

⁹¹ Sulla rilevanza di tale norma si dirà nei prossimi capitoli.

⁹² Il comma quarto afferma: “ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito”.

3 Affidamento “rilevante” e rimedi esperibili: la dicotomia affidamento legittimo - affidamento incolpevole

Come in parte si accennato nei paragrafi precedenti, l’ambito privilegiato in cui è tradizionalmente invocato l’affidamento è rappresentato dai provvedimenti cosiddetti di autotutela o di secondo grado⁹³, di cui assumono una valenza paradigmatica gli istituti dell’annullamento d’ufficio e della revoca.

Con l’espressione “provvedimenti di secondo grado” si fa riferimento a tutte quelle ipotesi in cui l’amministrazione può “rimettere in gioco” la decisione precedentemente adottata, “riesercitando” il potere al ricorrere di presupposti che variano in base ai caratteri del provvedimento da “riformare”.

In particolare, l’annullamento d’ufficio è esercitato nei confronti di un provvedimento illegittimo ai sensi dell’art. 21 *nonies* della L. n. 241 del 1990, mentre la revoca opera riguardo a provvedimenti legittimi ai sensi dell’art. 21 *quinquies* della medesima legge.

La denominazione “provvedimenti di secondo grado”⁹⁴ richiama difatti atti che incidono su un assetto di interessi cristallizzato in precedenti atti o provvedimenti dell’amministrazione.

Il pregiudizio per il privato in tali casi emerge nel momento in cui il provvedimento poi riformato o ritirato abbia comportato degli effetti favorevoli per lo stesso e questi abbia “fatto affidamento” sulla loro stabilità-legittimità.

Ai fini dell’indagine, si affronterà esclusivamente il tema dell’annullamento d’ufficio in quanto risulta essere l’istituto in cui emergono le maggiori criticità della ricostruzione tradizionale dell’affidamento nel diritto amministrativo.

⁹³ Per ragioni di economicità nel presente scritto si affronterà solo il tema dell’annullamento d’ufficio.

⁹⁴R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p.910 e ss.

Per lungo tempo, fino all'introduzione della L. n. 15 del 2005, i poteri di autotutela non erano tipizzati nel nostro ordinamento.

L'esigenza di apprestare una qualche forma di tutela alla posizione di affidamento del privato aveva però spinto la giurisprudenza a ricavare dei limiti "non scritti" per l'esercizio dei suddetti poteri⁹⁵, posto che il carattere autoritativo non si esaurisce nella sola fase di adozione del provvedimento primario, ma può incidere in un secondo momento sullo stesso.

Ne è derivato quel modello di tutela ponderativa ricostruito *supra* che progressivamente, dall'applicazione specifica alle ipotesi di annullamento d'ufficio, è stato poi generalizzato a tutti i provvedimenti in autotutela.

Quanto al fondamento dei poteri di secondo grado, numerose e divergenti sono state le ricostruzioni avanzate dall'elaborazione scientifica.

Secondo una prima impostazione, il potere di riesame sarebbe espressione dell'attività di controllo dell'amministrazione sui propri atti⁹⁶; in accordo invece con un'altra ricostruzione si tratterebbe di una manifestazione del potere di autoimpugnativa (la facoltà della P.A. di impugnare i propri atti davanti a sé stessa)⁹⁷.

L'orientamento che poi ha prevalso ritiene che il fondamento di detto potere debba essere individuato nell'autotutela cosiddetta decisoria⁹⁸.

⁹⁵ Come accennato nei paragrafi precedenti, nell'elaborazione scientifica vi è chi ritiene che la giurisprudenza avesse già iniziato a tutelare implicitamente l'affidamento del privato nell'ambito dell'annullamento d'ufficio già tra gli anni Cinquanta e Sessanta (Merusi); e chi invece ritiene che si debba attendere gli anni Ottanta per individuare un riconoscimento giurisprudenziale dell'interesse privato nell'annullamento d'ufficio (Trimarchi-Banfi)

⁹⁶ *Ex multis*, E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957, p.88 e ss.

⁹⁷ U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, Firenze, Carlo Cya, 1939.

⁹⁸ In particolare, F. BENVENUTI, *Autotutela* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè IV, 1988, p.537 e ss. L'autotutela decisoria va distinta dall'autotutela cosiddetta esecutiva che consiste nella facoltà dell'amministrazione di portare ad esecuzione coattivamente i propri provvedimenti senza ricorso al giudice. Si tratta in entrambi i casi della possibilità di "farsi giustizia da sé", diversamente da quanto accade nel mondo del diritto privato in cui vige il divieto (salvo eccezioni) di farsi giustizia da sé.

L'autotutela, intesa tradizionalmente appunto come facoltà di intervenire nuovamente sui propri atti, ha sempre rappresentato un istituto controverso nell'elaborazione scientifica, soprattutto per la sua dubbia compatibilità con i principi di legalità e tipicità a causa dell'assenza di un riferimento normativo che prevedesse direttamente tale privilegio, senza ricorrere all'autorità giudiziaria⁹⁹.

Per questo motivo, parte delle ricostruzioni più recenti hanno individuato il fondamento dell'autotutela non nell'originaria posizione di supremazia dell'amministrazione nei confronti del privato, ma nello stesso potere di amministrazione attiva: il potere di riesame sarebbe connaturato alla norma attributiva del potere di emanare l'atto¹⁰⁰. Secondo tale impostazione, per altro, il potere amministrativo sarebbe per sua natura inesauribile: il suo esercizio non lo consumerebbe, ma, anzi, questo continuerebbe a sopravvivere perché è l'interesse pubblico a cui è preposto che non si esaurisce. La questione inerente inesauribilità del potere verrà più ampiamente affrontata nel Capitolo III.

Alcuni di questi elementi di criticità sono stati risolti con i vari interventi di riforma alla legge n. 241 del 1990.

3.1 Affidamento legittimo nell'annullamento d'ufficio

Come anticipato è soltanto a partire dalla legge n.15 del 2005 (e più compiutamente poi con il D.L. n.124 del 2015) che il legislatore ha previsto il fondamento positivo e una disciplina organica dell'annullamento d'ufficio e dei suoi limiti, recependo la prassi giudiziale delineatasi in materia.

⁹⁹ R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p.911.

¹⁰⁰ *Ex multis*, G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969 e *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p.300 e ss. Altre elaborazioni recenti ritengono invece che si tratti di poteri impliciti a quelli di amministrazione attiva, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cosiddetti poteri impliciti* in *GiustAmm.it*, www.giustam.it, 2007.

Si ricompone in tal modo la questione della compatibilità dei poteri di secondo grado con il principio di legalità: l'annullamento d'ufficio è stato qualificato esplicitamente dal legislatore come "espressione del potere di autotutela, intesa non come privilegio dell'Amministrazione, ma come potere strettamente connesso a quello di amministrazione attiva¹⁰¹".

Allo stesso tempo però, si pone il problema di comprendere come conciliare questa facoltà di mutamento con la posizione del destinatario del provvedimento di primo grado.

Quando, una volta completata l'istruttoria, all'esito del procedimento, l'amministrazione adotta un provvedimento, può nascere per il privato un affidamento che quel provvedimento sia "definitivo" e "legittimo".

L'affidamento che emergerebbe in queste situazioni prende tradizionalmente il nome di *affidamento legittimo*, con la finalità di distinguerlo da una "diversa tipologia di affidamento", l'*affidamento* cosiddetto *incolpevole*, che invece caratterizzerebbe i rapporti interprivati¹⁰².

Per quanto attiene agli elementi costitutivi dell'affidamento c.d. legittimo, sia la nascita che la delusione dell'affidamento si collegano ad "atti di esercizio del potere: l'emanazione del provvedimento favorevole e l'annullamento del medesimo"¹⁰³.

Il fatto che origina l'affidamento si colloca pertanto nel rapporto che si instaura con l'amministrazione all'interno del procedimento.

¹⁰¹ R. CHIEPPA, op.cit., p.628

¹⁰² F. TRIMARCHI-BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione* in *Diritto processuale amministrativo* 3/2018. L'A. evidenzia la distinzione fra le due tipologie di affidamento nei loro presupposti costitutivi e modalità di tutela. La questione sarà approfondita nel paragrafo successivo

¹⁰³ *Ivi*, p.830.

Altre ricostruzioni cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit. p.142 individuano l'oggetto dell'affidamento nel perdurare dell'inerzia dell'amministrazione che dunque non interviene tempestivamente in autotutela. In accordo con questa lettura, finché il comportamento dell'amministrazione non diventa inerzia, non vi sarebbe affidamento tutelabile

Alla stregua del dato normativo vigente, l'amministrazione, qualora il provvedimento emanato risulti illegittimo¹⁰⁴, può *discrezionalmente*¹⁰⁵ decidere di annullarlo con efficacia retroattiva "sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a sei mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati¹⁰⁶".

L'amministrazione, dunque, anche dopo il termine di decadenza per l'impugnazione, potrebbe ritenere necessario un nuovo intervento su un provvedimento già emanato che sia affetto da un vizio di legittimità¹⁰⁷ ai sensi dell'art. 21 *octies*, primo comma, della L. n. 241 del 1990, dovendo tuttavia rispettare una serie di presupposti che sono ritenuti tradizionalmente espressione della tutela del *legittimo* affidamento del privato.

Nell'ambito dell'attività vincolata la questione non pone particolari problemi: il potere è integralmente disciplinato dalla legge e il privato vanta un diritto soggettivo¹⁰⁸, ma ciò che rileva ai fini dell'annullamento è l'illegittimità dell'atto (oltre che il rispetto degli altri requisiti dell'art. 21 *nonies*).

Invece, nell'ambito dell'attività discrezionale, in cui il privato generalmente si trova a dover conformare la propria condotta sulla base delle determinazioni autoritative dell'amministrazione, questi può tentare di orientarne la scelta mediante la partecipazione al procedimento o proponendo un'istanza

¹⁰⁴ Le norme sull'annullamento d'ufficio e sulla revoca è stato chiarito che si applicano anche ai provvedimenti impliciti quali il silenzio assenso e alla S.c.i.a.

¹⁰⁵ Sul tema vedi N. ACQUARELLI, *Contro la doverosità dell'annullamento d'ufficio* in *Diritto pubblico*, 3/2022.

¹⁰⁶ Articolo 21 *nonies* comma 1 della L. n.241 del 1990 come modificato dalla legge n.182 del 2025.

¹⁰⁷ L'illegittimità peraltro deve essere originaria e non sopravvenuta.

¹⁰⁸ Questo in accordo con l'impostazione di L. FERRARA, da ultimo in *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2025.

di parte per l'apertura dello stesso, ma non ha “diritto al bene finale” in senso stretto ossia all'emanazione del provvedimento a lui favorevole.

Al contrario, egli ha diritto alla *chance* normativa di ottenerlo o, meglio, a che il procedimento che ha oggetto la possibilità normativa di ottenere il “bene” si svolga in modo corretto, cioè che elimini correttamente la situazione di incertezza¹⁰⁹.

Non vi è dunque garanzia di un risultato favorevole.

Seguendo questo ordine di idee, nella disciplina vigente l'annullamento d'ufficio richiede, oltre l'illegittimità del provvedimento, in primo luogo che sussistano ragioni di interesse pubblico – attuale e concreto – alla rimozione, che rendano preferibile l'eliminazione dell'atto e dei suoi effetti rispetto alla loro conservazione pur in presenza di un'illegittimità accertata: non è però sufficiente il semplice ripristino della legalità¹¹⁰, ma si richiede un interesse pubblico ulteriore, diverso da quello in virtù del quale l'atto era stato emanato.

La condizione di attualità dell'interesse peraltro ha un preciso significato precettivo: può dirsi attuale l'interesse che tiene in considerazione ogni elemento della situazione esistente dopo l'adozione del provvedimento, compresi i fattori sopravvenuti¹¹¹.

¹⁰⁹ Questo in accordo con la ricostruzione che ritiene che l'interesse legittimo coincida con una situazione giuridica soggettiva assimilabile ad un diritto di credito non al risultato, ma alla prestazione. In particolare, si veda in particolare L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Diritto pubblico*, 2019 p.735; *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.

¹¹⁰ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022 per una trattazione organica del tema.

Vi sono tuttavia ipotesi in cui la giurisprudenza eccezionalmente ritiene che l'interesse pubblico all'annullamento sia *in re ipsa*. Sono soprattutto le fattispecie di annullamento d'ufficio di provvedimenti comportanti un illegittimo esborso di denaro pubblico nella *ratio* di garantire il contenimento della spesa pubblica (Tar Sicilia, sez. III, 14 dicembre 2020, n.2895). Altre ipotesi frequenti si riscontrano in materia edilizia, di inquadramento illegittimo dei dipendenti (*ex multis*, si veda Cons. St., sez. V, 23 dicembre 2024, n. 10331) o di salvaguardia dell'incolumità pubblica.

¹¹¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit. p.838,

Gli altri due requisiti da rispettare, ossia la previsione di un termine ragionevole e l'imprescindibile bilanciamento con l'interesse dei destinatari e dei controinteressati, sono tradizionalmente considerati il fulcro della tutela dell'affidamento dei privati nella prospettiva di conservazione del provvedimento (favorevole).

Quanto al profilo temporale, non è previsto un termine "rigido"¹¹², ma si afferma che l'esercizio del potere di autotutela debba avvenire entro un termine ragionevole.

I soli casi in cui il legislatore ha individuato un termine massimo sono rappresentati dalle ipotesi di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici (che in concreto rappresentano la maggioranza dei casi), per le quali è previsto un limite massimo di sei mesi (ex art. 21 *nonies* così come modificato dalla L. n.182 del 2025).

Anche in questi casi, la ragionevolezza del termine assume una connotazione più qualitativa che quantitativa¹¹³: il maggior o minor passaggio del tempo è certamente un indice per la conservazione o meno degli effetti del provvedimento, ma rilevano in particolar modo la condotta tenuta dal privato dopo l'emanazione del provvedimento, le iniziative economiche intraprese sulla base dei diritti nascenti dallo stesso (ad esempio si valuta se il privato ha effettuato degli investimenti, se il provvedimento ha avuto esecuzione o se invece il privato è rimasto inerte¹¹⁴).

¹¹² Fatte salve le eccezioni di cui al art.21 *nonies* della L. n.241 del 1990 per cui è previsto un termine di 6 mesi in virtù della L. 2 dicembre 2025, n. 182. Si tratterebbe, secondo la lettura prevalente, di una norma che intende rendere maggiormente certi i termini di immutabilità, laddove il privato abbia ottenuto un provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica.

¹¹³ G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo in Diritto amministrativo*, 2002, p.693.

¹¹⁴ Peraltro, il decorso del tempo rileva sul piano della motivazione: se l'intervento avviene dopo un breve lasso di tempo rispetto all'adozione del provvedimento primario, è sufficiente una motivazione attenuata per il provvedimento di secondo grado.

In tale ottica, l'interesse del privato assumerebbe un peso crescente nel tempo: se il tempo trascorso dall'emanazione del primo è breve, è più agevole presumere che probabilmente non è ancora stata data esecuzione al provvedimento o che comunque non ha inciso in modo concreto sulla situazione di fatto, il che riduce il peso che può assumere l'interesse del privato alla conservazione del provvedimento nella ponderazione degli interessi¹¹⁵.

D'altro canto, il lungo decorso del tempo prima dell'intervento in autotutela potrebbe essere indice di uno scarso interesse ad annullare da parte dell'amministrazione.

Il legislatore con il decreto Legge 31 maggio 2021, n.77, poi convertito in legge 29 luglio 2021, n.108, ha poi introdotto il comma 2 bis, il quale afferma 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 sei 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 decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”. Con questa riforma ha quindi esplicitato la rilevanza dell'elemento soggettivo del privato nell'individuazione dell'affidamento meritevole di tutela¹¹⁶.

Il secondo profilo relativo invece alla necessaria “considerazione dell'interessi dei destinatari e dei controinteressati” costituisce la manifestazione più nitida della tutela dell'affidamento, sempre però in una prospettiva di tipo ponderativo.

¹¹⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit. p.832.

¹¹⁶ Sull'elemento soggettivo nell'ambito dell'affidamento legittimo si tornerà successivamente.

Unitamente al requisito temporale, l'amministrazione è chiamata infatti a ponderare l'interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione con la posizione di affidamento del destinatario sulla conservazione degli effetti e con quella dei controinteressati alla rimozione. Affinché l'amministrazione possa procedere all'annullamento, l'interesse pubblico perseguito dalla rimozione deve essere prevalente.

Questo, in linea teorica, dovrebbe realizzarsi in presenza di esigenze pubblicistiche che travalicano l'interesse privato al mantenimento e che giustificano l'annullamento: come è ovvio, l'affidamento non è tutelato in maniera assoluta altrimenti sarebbe equivalente ad un "un generico diritto all'immodificabilità"¹¹⁷ quando, al contrario, l'ordinamento ammette in termini generali la possibilità di mutamento.

Il potere di autotutela, secondo gli argomenti più risalenti, era infatti giustificato con il fatto che, se il fine ultimo dell'azione amministrativa coincide con il perseguimento dell'interesse pubblico "ottimale", allora l'amministrazione deve ontologicamente avere la possibilità di riesaminare i propri atti¹¹⁸.

Allo stesso tempo, accogliere un'accezione di affidamento inteso quale conservazione delle posizioni acquisite, significherebbe escludere ogni rilevanza alle esigenze di mutamento che gli ordinamenti moderni si trovano fisiologicamente a fronteggiare¹¹⁹ per effetto del progresso, dell'andamento economico, ovvero dell'evoluzione del contesto politico-sociale.

¹¹⁷ A. TRAVI, *Considerazioni su alcuni recenti sviluppi sulla tutela dell'affidamento* in *Ius*, 3/2024, p.401.

¹¹⁸ L'importanza di questa argomentazione nelle elaborazioni tradizionali sull'affidamento è ricordata da A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit. p. 126 e ss. dove afferma che l'individuazione dell'affidamento rilevante è certamente viziata da una certa interpretazione della funzione amministrativa che ammette in modo ampio la possibilità di riesaminare le proprie posizioni per la realizzazione dell'interesse pubblico

¹¹⁹ Questo tema si lega in realtà alla questione sul fondamento dell'affidamento che rappresenta una delle problematicità di maggior rilievo della ricostruzione tradizionale dell'affidamento legittimo.

La *ratio* dell'affidamento è allora da individuare altrove.

Per quanto attiene all'individuazione delle situazioni di affidamento legittimo rilevante, la giurisprudenza amministrativa ha per lungo tempo valutato la sussistenza di "indici sintomatici", di tipo fattuale, che "corrispondono a soglie il cui raggiungimento determina l'affidamento", secondo una tecnica essenzialmente di "differenziazione" assimilabile ai criteri per l'identificazione dell'interesse legittimo¹²⁰.

Inoltre, oltre che differenziato, tradizionalmente si richiede che l'affidamento legittimo sia anche "qualificato" ossia che trovi fondamento in un provvedimento dell'amministrazione che attribuisca uno specifico vantaggio e che venga deluso da un successivo provvedimento in contraddizione con lo stesso.

Secondo una prospettiva cosiddetta "attocentrica" in assenza di un provvedimento o comunque di un certo grado di formalizzazione degli indirizzi dell'amministrazione, l'affidamento generalmente non è considerato tutelabile.

Al contrario, la giurisprudenza europea tradizionalmente attribuisce un ruolo preminente ai comportamenti dell'amministrazione¹²¹.

Negli ultimi anni, tuttavia, anche la giurisprudenza nazionale, sia ordinaria che amministrativa, sembra mostrare una maggior sensibilità nel

Parte delle elaborazioni sull'affidamento, come si è già anticipato, individuano infatti il fondamento dell'istituto non nel principio di buona fede oggettiva, ma nel principio di certezza giuridica nell'accezione di stabilità.

Tuttavia, da un lato, come emerge per esempio anche dalle vicende relative alle concessioni balneari, l'esigenza di certezza e stabilità sembra più aver assunto una funzione giustificativa dello stato attuale rispetto a esigenze di riforma ed essere invocata per evitare l'applicazione del diritto eurounitario. Dall'altro non consente una tutela che sia non solo effettiva, ma anche conforme alla legge.

¹²⁰ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit. p. 128 che sostiene che in questo modo si rinuncia a una ricostruzione sistematica dell'affidamento.

¹²¹ La questione sarà approfondita nel Capitolo II. Questo indirizzo in parte è stato accolto anche da una parte della giurisprudenza nazionale.

riconoscimento della situazione di affidamento anche oltre una prospettiva meramente provvedimentale¹²².

In quest'ottica, assume allora maggior consistenza la nozione di affidamento c.d. incolpevole di cui si dirà nel proseguo del capitolo.

3.1.1 Istanze di tutela e apparato rimediale alla luce del diritto positivo: verso un superamento dell'affidamento provvedimentale

Sotto il profilo della protezione dell'affidamento legittimo accordata dal legislatore, la tutela si arresta ancora una volta al bilanciamento degli interessi rilevanti, “non riscontrandosi soluzioni codificate sul piano dei risultati concreti ossia della conservazione della posizione di vantaggio¹²³”: la posizione di affidamento alla conservazione dell'atto favorevole, ma illegittimo viene così trattata in modo analogo a una situazione giuridica di interesse legittimo¹²⁴.

L'affidamento sarebbe “soddisfatto” nel momento in cui l'amministrazione effettua correttamente la ponderazione, come accade normalmente nell'esercizio dell'attività discrezionale¹²⁵.

Sono già state ricordate nel paragrafo precedente le ricadute di tale impostazione sul versante dell'effettività della tutela¹²⁶: sul piano sostanziale, l'affidamento si configura soltanto come una delle variabili da valutare nella

¹²² I percorsi della giurisprudenza eurounitaria e nazionale nella tutela dell'affidamento verranno affrontati nel Capitolo II.

¹²³ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit. p.130.

¹²⁴ Cfr. G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit. p.111 e ss. Come già sottolineato nei paragrafi precedenti, la tutela ponderativa sembra atteggiarsi come mero esercizio della discrezionalità.

¹²⁵ In questo ordine di idee l'affidamento legittimo emerge infatti come limite all'esercizio del potere di rimuovere gli atti illegittimi. F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., p. 825 e ss.

¹²⁶ Cfr. A. TRAVI, *Considerazioni su alcuni recenti sviluppi della tutela dell'affidamento*, cit. p.405 e dello stesso A. *La tutela dell'affidamento*, cit.

fase decisionale¹²⁷; mentre sul piano processuale, l'unico rimedio esperibile risulta essere l'azione di annullamento.

In tal modo, la tutela viene considerata secondo una logica procedimentale e la risoluzione più o meno corretta del bilanciamento finisce per atteggiarsi come regola di validità dell'atto: in questo senso "la violazione dell'affidamento determina una ragione di illegittimità dell'atto amministrativo" ottenendo protezione esclusivamente sul piano tipicamente formale¹²⁸.

Non si ha quindi una soddisfazione dell'interesse materiale, l'affidamento viene soltanto a coincidere soltanto con uno dei parametri di rilievo nell'esercizio della funzione amministrativa.

Tuttavia, questa soluzione è stata ritenuta per lungo tempo soddisfacente argomentando che, in presenza di un potere previsto dalla legge, il criterio del bilanciamento rappresenta l'unico strumento in grado di mettere a confronto interessi eterogenei¹²⁹.

Uno sguardo alla casistica giurisprudenziale dimostra però che le ipotesi in cui l'affidamento effettivamente risulta prevalente sono recessive¹³⁰.

Da un lato infatti, come già anticipato, vi sono una serie di ipotesi in cui la giurisprudenza considera l'annullamento come "vincolato" (nel *quid*, non nell'*an*) in quanto l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto *in re ipsa*. In tali casi, peraltro, l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulta attenuato¹³¹.

¹²⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit. p.844.

¹²⁸ A. TRAVI, *Considerazioni su alcuni recenti sviluppi*, cit., p.405. L'A. evidenzia come questa modalità di tutela "non precluda all'amministrazione il raggiungimento del risultato auspicato."

¹²⁹ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit., p.131 e ss.

¹³⁰ Ne danno conto G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 11, F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit. p.841.

¹³¹ *Ivi*, p.113, in cui l'A. ricorda come anche nelle ipotesi non vincolate la giurisprudenza frequentemente ritiene in concreto sufficiente a giustificare l'annullamento la sola sussistenza di un interesse pubblico ulteriore.

Dall'altro, quando invece il provvedimento originario è conservato dall'amministrazione o in sede giurisdizionale, ciò non sembra dipendere “da un'effettiva prevalenza dell'interesse privato alla conservazione, bensì dall'assenza di un interesse pubblico che giustifichi il suo annullamento¹³²”.

Per la verifica della legittimità del provvedimento di secondo grado una valenza decisiva è quindi assegnata alla motivazione: il controllo giudiziale investe infatti la sufficienza e l'adeguatezza della motivazione rispetto al singolo caso concreto¹³³.

In tali circostanze, qualora il provvedimento demolitorio manchi totalmente della valutazione comparativa degli interessi rilevanti, sarà qualificato come illegittimo per difetto di motivazione¹³⁴.

Qualora invece la ponderazione sia stata effettuata, in molti casi l'onere motivazionale richiesto per superare l'affidamento non è particolarmente stringente¹³⁵.

Alcune delle elaborazioni più recenti hanno tentato allora di superare l'impostazione tradizionale con l'intento di valorizzare la consistenza “sostanziale” degli interessi coinvolti e di trascendere la dimensione meramente procedimentale dell'affidamento.

In particolare, una ricostruzione, tutt'ora non recepita a livello normativo, propone di accordare al privato destinatario di un provvedimento favorevole eliminato in sede di annullamento d'ufficio, una tutela indennitaria¹³⁶

¹³² G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 114.

¹³³ Numerosi sono i casi in cui la giurisprudenza ritiene sufficiente una motivazione attenuata come già anticipato.

¹³⁴ A. GIGLI, op.cit., p. 99 e ss.

¹³⁵ A. TRAVI, *Considerazioni*, cit., p. 406.

¹³⁶ L'indennizzo risulta previsto dal legislatore esclusivamente per le ipotesi di revoca dell'atto amministrativo (legittimo). L'art. 21 *quinquies* comma 1 della L.n.241 del 1990 dispone infatti all'ultimo alinea che “se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo”. Potrebbero dunque emergere dubbi circa l'estensione della previsione indennitaria- che tradizionalmente viene accordata nell'ambito di attività che certamente comportano un sacrificio, ma comunque legittime- all'ipotesi dell'annullamento d'ufficio in cui uno dei requisiti necessari per la rimozione del provvedimento è proprio l'illegittimità

di tipo economico¹³⁷. Per tale impostazione “riconoscere che il sacrificio dell’affidamento da parte dell’amministrazione comporta un obbligo di indennizzo, consentirebbe di assegnare alla tutela dell’affidamento una rilevanza anche di tipo sostanziale”.

Il sacrificio dell’affidamento per opera del bilanciamento degli interessi, anche correttamente effettuato, non è motivo sufficiente per escludere una compensazione riparatoria o indennitaria per la violazione di una situazione che “ha come contenuto essenziale la tutela di un bene di tipo materiale e economico”¹³⁸.

La soluzione indubbiamente ha il pregio di spostare la tutela dal piano demolitorio a quella “riparatoria in senso lato”, ma non in tutti i casi questo potrebbe rivelarsi sufficiente.

Un’altra ricostruzione invece affronta in maniera più puntuale la questione della “sostanza dell’interesse tutelato” nell’ipotesi di annullamento d’ufficio – posto che il provvedimento favorevole, alla cui stabilità il privato aspira, è comunque illegittimo¹³⁹ - e attribuisce un valore pregnante a tale illegittimità, sulla scorta degli orientamenti della giurisprudenza eurounitaria.

In accordo con questa impostazione, alcuni elementi di criticità della ricostruzione tradizionale dell’annullamento d’ufficio potrebbero essere superati se si assumesse una nozione differente di interesse legittimo: questo consisterebbe non nel “bene della vita”, che in tale ipotesi corrisponderebbe al provvedimento favorevole.

Al contrario, andrebbe individuato nella cosiddetta *possibilità normativa* o *chance legale* ossia in un provvedimento che elimini all’esito del

dello stesso. Sarebbe allora forse più corretto prevedere una compensazione sottoforma di risarcimento del danno.

¹³⁷ Tale soluzione è sostenuta da A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento*, cit. p.134 e ss., *Considerazioni su alcuni recenti sviluppi dell’affidamento*, cit. p.407 e ss. Ma anche da A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela*, op. cit.

¹³⁸ *Ivi*, p.135.

¹³⁹ G. MANNUCCI, *L’affidamento nel rapporto amministrativo*, cit. p.118.

procedimento, nel rispetto dei vincoli normativi, l'incertezza su ciò che si può o non si può fare"¹⁴⁰.

Accogliendo questa seconda concezione di interesse legittimo, l'amministrazione che attribuisce al privato un provvedimento favorevole, ma illegittimo da un lato accorda "un'iperprotezione" al privato in quanto gli attribuisce un bene, il provvedimento finale, che non gli spetta vista l'illegittimità dello stesso. Dall'altro lato, realizza "un'ipoprotezione" in quanto non scioglierebbe correttamente l'incertezza sulla possibilità normativa (in cui si sostanzia l'interesse legittimo). In altre parole, l'illegittimità del primo provvedimento, anche se favorevole, non consente la soddisfazione dell'interesse legittimo dal momento in cui le indicazioni fornite dall'amministrazione non risultano corrette, al punto da intervenire con un provvedimento in autotutela.

La lesione, non dell'affidamento, ma dell'interesse legittimo, sarebbe pertanto perpetrata non dal provvedimento di secondo grado, ma dal primo provvedimento che non ha sciolto correttamente l'incertezza in quanto illegittimo¹⁴¹.

L'oggetto della tutela, seguendo questo ordine di idee, varia dall'impostazione tradizionale: non l'affidamento sulla stabilità degli effetti dell'atto, ma il diritto alla *chance* legale.

Il provvedimento di secondo grado non arrecherebbe nessuna violazione all'interesse legittimo già leso dal cattivo esercizio del potere, ma andrebbe a rimuovere un vantaggio che al privato legittimamente non spetta.

Una protezione effettiva all'interesse del privato, inteso in questa accezione, sarebbe allora rappresentata da una tutela di tipo risarcitorio da lesione

¹⁴⁰ *Ivi*, p.119. Per questa ricostruzione dell'interesse legittimo, che si assume come fondamento della presente indagine, si veda L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, cit., p.735; *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.

¹⁴¹ *Ivi*, p.120 e ss.

appunto dell'interesse legittimo¹⁴²: un vero e proprio diritto del privato al risarcimento per il danno dovuto ad un esercizio del potere scorretto in fase procedimentale¹⁴³.

In questa logica, anche il requisito temporale andrebbe ascrivito alla determinazione quantitativa del danno, non rappresentando invece un indice della minor o maggior consistenza dell'affidamento del privato.

Inoltre, ai fini dell'*an*, prima ancora che del *quantum*, del risarcimento potrebbero rilevare le condizioni soggettive del privato.

Sempre alla luce di questa impostazione, l'interesse del privato al mantenimento del provvedimento in realtà non avrebbe alcuna rilevanza nell'ambito della ponderazione proprio per il fatto che si tratta di un provvedimento *contra legem*¹⁴⁴.

Sotto il profilo dell'onere motivazionale del provvedimento di secondo grado sarebbe sufficiente verificare (in giudizio) la presenza di un interesse pubblico che giustifichi l'esercizio del potere di secondo grado, non diversamente da quanto accade nella casistica giurisprudenziale attuale¹⁴⁵.

In definitiva, questa impostazione garantirebbe tutela all'interesse effettivamente leso dall'esercizio dell'azione amministrativa: il diritto alla possibilità normativa. Proteggere invece l'affidamento sulla stabilità del

¹⁴² G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p.120. L'A. afferma che l'oggetto della tutela, di cui va misurata l'effettività, "non è più, come nell'impostazione tradizionale, l'interesse privato consolidatesi dal provvedimento illegittimo, ma l'interesse del privato a ottenere un ristoro al pregiudizio arrecategli dal primo provvedimento, che non ha soddisfatto la sua pretesa (legittima) e lo ha esposto a un periodo, più o meno lungo, di incertezza".

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ In tal modo, secondo l'A., il momento ponderativo potrebbe essere riletto a favore di una sola valutazione costi-benefici effettuata dall'amministrazione: laddove quest'ultima ritenga accettabile per l'ordinamento l'illegittimità del provvedimento, l'annullamento non avrebbe ragion d'essere. Qualora invece prevalga un interesse pubblico alla rimozione, l'amministrazione deve comunque fare i conti con il diritto al risarcimento del privato per il mancato scioglimento dell'incertezza.

¹⁴⁵ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit. p.121. Sulla "sufficienza" di una motivazione attenuata si è già avuto modo di spiegare *supra*.

provvedimento favorevole, ma illegittimo “significherebbe *accordare* al privato un bene che non gli spetta”¹⁴⁶.

Un’ulteriore ricostruzione dell’affidamento legittimo ritiene invece coerente con la struttura dell’interesse legittimo l’apparato di tutele accordato dal modello ponderativo¹⁴⁷, sul presupposto che l’affidamento legittimo vada nettamente distinto dall’affidamento incolpevole che connoterebbe esclusivamente le relazioni fra privati.

L’affidamento legittimo viene inteso come “situazione che dà fondamento alla pretesa che il proprio interesse sia tenuto in considerazione”¹⁴⁸, originata non dal passaggio del tempo e dall’inerzia dell’amministrazione, ma dal provvedimento favorevole¹⁴⁹.

Il modello ponderativo, secondo tale impostazione, garantirebbe una tutela preventiva e indiretta all’affidamento legittimo, in accordo con la funzione limitativa del potere che lo stesso assumerebbe di fronte alla ritrattabilità dei provvedimenti. In tal senso, il soddisfacimento dell’interesse privato dipenderebbe “dal bilancio del costo sociale dell’annullamento”.

La fiducia sarebbe delusa qualora nel procedimento di secondo grado l’interesse del destinatario non venisse considerato adeguatamente: questa sarebbe l’essenza dell’obbligo di buona fede-correttezza nell’ambito dell’annullamento d’ufficio. In tal caso il destinatario potrebbe recarsi dal giudice

¹⁴⁶ *Ivi*, p.122. Non si realizza dunque una *deminutio* di tutela, ma si consente “l’emersione di una protezione effettiva all’interesse legittimo”.

¹⁴⁷ F. TRIMARCHI-BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit.p.823-854. Nel rapporto con l’amministrazione non avrebbero nessuna rilevanza i fattori di ordine personale che, al contrario, connotano invece l’affidamento incolpevole (come si avrà modo di approfondire nel paragrafo seguente). Ciò accade in ragione del regime giuridico e delle caratteristiche dell’attività amministrativa: i comportamenti devono essere manifestati tendenzialmente in atti con un certo grado di formalismo e vengono valutati alla luce di parametri di legittimità (proporzionalità, ragionevolezza). P.827. Tali parametri, inseriti nella dimensione procedimentale integrano regole di validità dell’atto amministrativo.

¹⁴⁸ *Ivi*, p.828.

¹⁴⁹ F. TRIMARCHI-BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit. p.833.

per ottenere l'annullamento in sede giurisdizione del provvedimento di secondo grado, secondo una logica demolitoria-ripristinatoria.

Inoltre, secondo questa ricostruzione, sarebbe esclusa ogni valutazione dei fattori e dei caratteri personali: non assumerebbero tendenzialmente rilevanza “né l'imputabilità dell'illegittimità a negligenza-scorrettezza dell'amministrazione, né la diligenza del destinatario nel considerare i rischi insiti nell'esercizio dei diritti nascenti dal provvedimento¹⁵⁰”, al contrario di quanto avviene per l'affidamento incolpevole. Lo stesso accadrebbe per l'elemento psicologico.

L'affidamento legittimo si presenta pertanto “spersonalizzato”.

Al contrario invece, l'ordinamento nella sua totalità¹⁵¹ ha progressivamente all'elemento soggettivo dell'incolpevolezza nell'ambito dell'affidamento legittimo, come risulta dalla recente introduzione del comma 2 bis all'art. 21 *nonies* della L. n. 241 del 1990.

Inoltre, oltre a escludere l'affidamento nelle ipotesi di condotta illecita, l'ordinamento in certi casi prevede che il requisito dell'incolpevolezza si sostanzi nell'esistenza di condizioni soggettive più “impegnative”¹⁵².

A titolo esemplificativo, si può ricordare il nuovo codice dei contratti pubblici, il Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n.36 che al comma terzo

¹⁵⁰ *Ivi*, p.834. Questa lettura in realtà viene superata dal successivo intervento del legislatore sull'art. 21 *nonies* della L. n.241 nel 2021 che ha aggiunto il già menzionato comma 2 bis, da cui si ricava l'esclusione dell'affidamento in ipotesi di condotte penalmente rilevanti, dolose o colpose.

La stessa giurisprudenza, in particolar modo europea, ma più recentemente anche nazionale, già precedentemente accordava rilevanza al requisito “dell'incolpevolezza dell'affidamento” anche nell'ambito dell'annullamento d'ufficio. Si avrebbe allora “una commistione” fra le due tipologie di affidamento.

La ricostruzione giurisprudenziale dell'affidamento e dei suoi requisiti verrà affrontata nel Capitolo II.

¹⁵¹ Le suggestioni non solo emergono dall'elaborazione scientifica, ma anche dalla produzione giurisprudenziale. *Ex multis* per quanto attiene il dibattito scientifico si veda A. TRAVI, *Considerazioni su alcuni recenti sviluppi*, cit. p.402 e ss.

¹⁵² A. TRAVI, *Considerazioni*, cit. p.403. Su tale questione si approfondirà nel Capitolo II.

dell'art. 5 esclude la tutela dell'affidamento dell'operatore "se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta".

4 Affidamento "incolpevole" nella dimensione relazionale con la P.A.

La progressiva evoluzione del rapporto amministrativo verso una logica di tipo relazionale e dialogica ha consentito di rilevare – anche alla luce delle tesi sopra ricordate – che, da un lato, il modello di tutela accordato tradizionalmente all'affidamento legittimo risulta tendenzialmente inadeguato e, dall'altro, che è necessario verificare in quali situazioni sia possibile individuare un affidamento tutelabile, anche al di là ipotesi in cui sia presente un provvedimento.

Molti istituti o strumenti previsti dalla disciplina procedimentale attuale denotano infatti questa tendenza dell'ordinamento a ridurre il carattere "asimmetrico" e autoritativo del rapporto amministrativo. Si pensi agli istituti partecipativi¹⁵³ e procedimentali, alla regolamentazione relativa all'accesso agli atti, alla stessa disciplina degli accordi amministrativi ai sensi dell'art.11 della L. n.241 del 1990.

Nella stessa direzione può essere interpretato l'ampliamento dei mezzi processuali previsto con il Codice del processo amministrativo, il D.lgs. n.104 del 2010, il quale affianca all'azione di annullamento, l'azione avverso il silenzio e di condanna all'adempimento¹⁵⁴, che a loro volta consentono una "riduzione" in chiave garantista del potere dell'amministrazione.

Muta dunque il paradigma di riferimento: superate le resistenze relative all'applicabilità della buona fede nel diritto pubblico, anche per effetto delle

¹⁵³ È possibile menzionare l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della L. n.241, il preavviso di rigetto ex art. 10 bis della L. n.241, l'obbligo di motivazione stesso del provvedimento ex art. 3 della L.n.241.

¹⁵⁴ Di tali azioni verrà dato conto nel Capitolo III.

nuove indicazioni normative, occorre valutare in che modo la buona fede e l'affidamento possano atteggiarsi nel “nuovo” rapporto amministrativo.

In tale prospettiva, si apre uno “spazio” per una ricostruzione di una figura di affidamento (e della sua tutela) rispondente a esigenze di effettività della tutela e conforme alle indicazioni dell'ordinamento eurounitario.

Chiarita infatti l'effettiva natura dell'interesse che necessita di tutela nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, si manifestano dubbi sulla concreta utilità, quantomeno in tali ipotesi, del ricorso alla categoria dell'affidamento legittimo declinato come pretesa alla stabilità degli effetti del provvedimento.

Emerge allora la figura, già ampiamente menzionata, dell'affidamento incolpevole che, dal diritto civile, può essere mutuata anche nel rapporto con l'amministrazione, cogliendone tutte le implicazioni.

4.1 Consistenza dell'affidamento incolpevole nel diritto civile

La figura dell'affidamento incolpevole, secondo la distinzione avanzata in dottrina e recuperata dalla giurisprudenza nazionale, tradizionalmente connota i rapporti “paritari” tra soggetti privati¹⁵⁵.

Come l'affidamento legittimo, si caratterizza per essere una situazione di fiducia fondata sull'altrui comportamento, ma, a differenza di quest'ultimo, si qualifica come una figura autonoma, discendente dalla regola di buona fede.

Inoltre, come si evince dalla denominazione, uno dei requisiti indefettibili per la sua configurazione è rappresentato dall'essere “senza colpa”.

In questo senso, l'art.1338 del Codice civile, rubricato “conoscenza delle clausole di invalidità”, assume una valenza paradigmatica.

¹⁵⁵ Si veda sempre F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit. p.823-854.

La norma si colloca nell'ambito delle trattative precontrattuali, in cui, in linea generale, non si configura per le parti un obbligo di conclusione del contratto, ad eccezione delle ipotesi di contratto preliminare.

Con la stipulazione di un contratto preliminare, infatti, le parti hanno tendenzialmente già raggiunto l'accordo su tutti gli elementi del contratto definitivo che intendono sottoscrivere, ma decidono di differirne gli effetti obbligandosi a concludere il definitivo in un secondo momento, potendo dunque adattarne il contenuto finale alle sopravvenienze che si dovessero verificare nel futuro¹⁵⁶.

L'eventuale inadempimento di una delle parti che rifiuti la successiva conclusione del contratto definitivo, non solo comporta una responsabilità di tipo contrattuale ai sensi dell'art.1218 del Codice civile, ma consente all'altra parte di adire il giudice per ottenere una sentenza costitutiva¹⁵⁷ ai sensi dell'art.2932 del Codice civile ("esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto") che tenga luogo del contratto non concluso.

La possibilità che il giudice in tali fattispecie si sostituisca alla volontà delle parti per la produzione degli effetti costitutivi, derogando all'art. 1321 del Codice civile, deriva dal fatto che, nelle ipotesi in cui venga concluso un contratto preliminare, il contenuto dell'accordo finale è già interamente

¹⁵⁶ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit.

¹⁵⁷ Per l'opinione prevalente le azioni costitutive rientrano nello schema di produzione degli effetti Norma-Fatto-Potere sull'*an*-Accertamento giudiziale-Effetto. Vedi A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2012 p.165 ss.

In tali casi è "la norma che detta la disciplina degli interessi in conflitto, individuando le situazioni soggettive di pretesa, facoltà, obbligo, soggezione che si ricollegano a determinati fatti, ma il prodursi di tali effetti è subordinato non solo all'esercizio di un potere sostanziale di parte per attribuire rilevanza al fatto, ma anche al previo accertamento giudiziale dell'esistenza dei fatti stessi. L'effetto giuridico, quindi, è ricollegato ad una fattispecie complessa di cui sono elementi costitutivi non solo il fatto e l'esercizio del potere, ma anche l'accertamenti giudiziale dell'esistenza dei fatti cui l'esercizio del potere pretende di attribuire rilevanza". L'accertamento giudiziale, dunque, diviene elemento della fattispecie essenziale per la produzione degli effetti.

Alle azioni costitutive e in particolare il Potere è tradizionalmente ricollegato ai cosiddetti diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale.

definito e le parti devono solo prestare nuovamente il consenso (salvo sopravvenienze).

Pertanto, si configura per le parti un vero e proprio obbligo di concludere il contratto definitivo.

Il legislatore prevedendo l'art.2932 "ha reso fungibile un obbligo, quale quello di rendere una manifestazione di volontà, che di per sé nasce infungibile¹⁵⁸", consentendo al giudice di sostituire la dichiarazione non resa dalla parte con un provvedimento giudiziale.

Lo stesso obbligo di conclusione del contratto non si configura invece quando ancora il contratto preliminare non è stato concluso ovvero quando le parti si trovano ancora nella fase delle trattative per la definizione delle clausole negoziali, così come non sussiste in presenza di altre figure che rientrano nei cosiddetti patti preparatori¹⁵⁹.

In tutte le ipotesi appena menzionate, tuttavia, la condotta "positivamente orientata" di una parte sulla conclusione del contratto o sulla prosecuzione delle trattative può configurare una situazione di affidamento (*incolpevole*) nella controparte.

Anche in questa seconda accezione, con il termine affidamento non si intende infatti uno stato psicologico fondato sull'apparenza del diritto, ma si

¹⁵⁸ È necessario dar conto che parte dell'elaborazione scientifica ha da tempo sottoposto a revisione critica la categoria delle azioni costitutive.

Con specifico riguardo all'azione di cui all'art.2932 un'autorevole ricostruzione ritiene che in realtà non si tratti di azione costitutiva vera e propria, ma che in realtà si tratti di un'azione di condanna in cui il legislatore ha trasformato un obbligo da infungibile a fungibile o, meglio, di un'azione di condanna cosiddetta autoattuativa. Tale rilievo viene in essere anche sulla base della collocazione sistematica e della rubrica dell'art.2932 all'interno del Codice civile: rientra infatti nell'ambito dell'esecuzione forzata in forma specifica. In particolare, vedi A. PROTO PISANI, op.cit. p. 171 e ss.

¹⁵⁹ A titolo esemplificativo è possibile menzionare la Puntuazione o la Lettera di intenti. In entrambi i casi si tratta di istituti dalla natura documentale con cui le parti danno conto dei punti d'accordo raggiunti fino a quel momento formalizzandoli.

La Lettera d'intenti, come si evince dal nome, interviene tendenzialmente nella fase iniziale e può essere anche unilaterale.

In entrambe le ipotesi, tuttavia, non si configura per le parti un obbligo di conclusione futura del contratto definitivo; l'eventuale violazione di quanto certificato non rileva sul piano della responsabilità da inadempimento. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit.

fa riferimento ad uno stato di fiducia basato sul comportamento altrui così come oggettivato e percepito all'esterno e correlato al dovere di buona fede oggettiva.

Nondimeno, come anticipato, la sola fiducia nella condotta altrui non è sufficiente per qualificare l'affidamento civilistico, ma deve ricorrere anche l'elemento soggettivo dell'incolpevolezza¹⁶⁰.

L'art.1338 infatti afferma che “la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, *senza sua colpa*, nella validità del contratto”.

Il legislatore, dunque, prevede uno strumento di garanzia per la parte che ha confidato nella realizzazione delle attese suscitate da altri, ma accorda la tutela nei limiti del principio di autoresponsabilità.

Da un lato, infatti, le parti negoziali hanno l'obbligo, fin dalla fase delle trattative, come affermato dall'art. 1337¹⁶¹ del Codice civile, di comportarsi secondo buona fede e correttezza e certamente nel contenuto di tale obbligo rientra il dovere di non generare affidamenti ingannevoli¹⁶².

Dall'altro il criterio di autoresponsabilità implica che ciascuno è responsabile delle proprie azioni e omissioni e se ne assume il rischio.

L'antinomia tra il principio di correttezza e quello di autoresponsabilità è allora risolta proprio dall'elemento soggettivo dell'incolpevolezza: la fiducia in un certo comportamento, “non esenta il potenziale danneggiato dall'ordinaria diligenza nel regolare la propria condotta”¹⁶³.

¹⁶⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., p.625 e ss.

¹⁶¹ L'art.1337 del Codice civile, rubricato “trattative e responsabilità precontrattuale”, afferma che “le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.

¹⁶² F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., p. 825.

¹⁶³ *Ibidem*.

In questo senso, il comportamento altrui che ha generato determinate aspettative è configurato come causa delle decisioni pregiudizievoli, ma solo laddove tale condotta sia idonea a “indurre una persona diligente a assumere queste decisioni che si riveleranno dannose”¹⁶⁴.

Se la condotta in questione possiede tale attitudine (deve superare la diligenza richiesta), “il danno diviene direttamente riconducibile a tali condotte”¹⁶⁵.

Nella valutazione di tale attitudine si considerano le caratteristiche di entrambe le parti del regolamento negoziale: da un lato può rilevare la qualifica professionale¹⁶⁶ dei soggetti coinvolti, dall’altro il contesto ambientale in cui si trovano.

L’affidamento allora consente di imputare la responsabilità del danno a condizione che l’interessato abbia agito con la diligenza richiesta nel caso concreto e la qualora la condotta altrui sia stata causa di scelte pregiudizievoli o dannose.

Il tipo di tutela accordato è rappresentato dal risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale per il pregiudizio derivante dall’aver confidato nell’altrui comportamento, poi disatteso.

Quanto al momento in cui l’affidamento civilistico viene in essere e ai suoi elementi costitutivi – contrariamente a quanto accade nell’affidamento legittimo in cui la lesione della fiducia è legata all’esercizio del potere e alla dimensione strettamente provvedimentale – la fiducia riposta nell’altrui correttezza assume rilevanza solo nel momento in cui viene delusa e pretende riparazione, richiedendo la presenza di un nesso di causalità tra condotta dettata da tale fiducia (nel comportamento altrui) e danno¹⁶⁷.

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 830.

¹⁶⁵ *Ivi*, p. 825.

¹⁶⁶ La giurisprudenza europea, ma anche nazionale, sia amministrativa che costituzionale, fa spesso riferimento alla nozione di “operatore accorto e avveduto del settore”, cfr. A. TRAVI, *Considerazioni*, cit. p. 403. Tali questioni saranno approfondite nel Capitolo II.

¹⁶⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit. p. 830 ss.

Origine dell'affidamento incolpevole non è dunque un provvedimento poi ritirato, ma un comportamento della controparte che induce a compiere, a propria volta, determinate scelte che poi si rivelano dannose in quanto detto comportamento viene disatteso.

In questo ordine di idee, come anticipato, una delle differenze più rilevanti con l'affidamento legittimo risiede proprio nel fatto che l'affidamento incolpevole ha una consistenza sostanziale autonoma e riceve una protezione diretta tramite il diritto al risarcimento del danno, mentre, per quanto attiene il primo, la strumentalità rispetto all'interesse pubblico limita la tutela alla logica ponderativa, in una dimensione esclusivamente formale-procedimentale¹⁶⁸ (ma anche provvedimentale).

4.1.1 Norme di validità e norme di condotta. Un confronto tra diritto civile...

Indubbiamente, nell'ambito del diritto civile, la fase delle trattative precontrattuali si configura quale momento privilegiato per l'emersione di comportamenti che possono generare un affidamento rilevante che, se possiede i requisiti sopramenzionati, è ritenuto meritevole di tutela.

Nondimeno anche nel momento formativo, come in quello dell'esecuzione della prestazione e dell'adempimento delle obbligazioni, l'ordinamento riconosce la necessità di salvaguardare gli interessi e i beni di ciascuna delle parti dai pregiudizi che potrebbero verificarsi mediante la

¹⁶⁸ Cfr. i paragrafi precedenti. La garanzia dell'affidamento legittimo nella ricostruzione classica non sembra distinguersi da quella riconosciuta all'interesse legittimo in fase procedimentale: l'effettività della tutela si sostanzia nella corretta ponderazione degli interessi in cui l'affidamento rappresenterebbe solo un "parametro" orientativo dell'esercizio del potere. La sua violazione, tradotta in una ponderazione scorretta, rileverebbe solo sul piano della validità del provvedimento amministrativo, come accade per la violazione delle altre regole procedimentali inerenti all'esercizio del potere.

predisposizione di obblighi reciproci di natura diversa da quelli oggetto della successiva regolazione pattizia¹⁶⁹.

Tali obblighi sono definiti dalle ricostruzioni prevalenti *obblighi di protezione*¹⁷⁰ e non si sostanziano in un generico dovere di rispettare la sfera altrui, ma costituiscono veri e propri obblighi comportamentali¹⁷¹ che hanno la finalità di evitare condotte che implichino “intenzione o consapevolezza di infliggere alla controparte danni ingiusti¹⁷²”, o condotte contrarie a diligenza¹⁷³. Questi trovano fondamento nel canone di buona fede e correttezza espresso dall’art.1337 del Codice civile.

Quanto alle tipologie di comportamenti che possono dare origine a pregiudizi e generare responsabilità precontrattuale, il legislatore non ha dato indicazioni specifiche all’art.1337, ma i riferimenti sono individuabili attraverso una lettura sistematica delle norme del codice e delle fonti extra codicistiche.

Senza dubbio, come testimonia il già citato articolo 1338 del Codice civile, vengono in gioco i doveri di informazione¹⁷⁴, particolarmente marcati quando emergono asimmetrie informative fra le parti, come si evince anche dalla normativa del Codice del consumo, il Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n.206.

La norma infatti costituisce una delle ipotesi in cui un comportamento omissivo e reticente di una parte che abbia fondato nell’altra un affidamento

¹⁶⁹ A. ALBANESE, *Buona fede*, cit. p.37 e ss. Obblighi assimilabili per la finalità di protezione cui sono preordinati a quelli che nascono dalla “correttezza” dell’art.1175.

¹⁷⁰ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo* in *Jus*, 1976; L. MENGONI, *Scritti II-Obbligazioni e Negozio*, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁷¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p.174.

¹⁷² *Ivi*, p.176.

¹⁷³ *Ibidem*, si fa riferimento in questo senso a superficialità, disattenzione e l’incompetenza e pertanto anche la diligenza risulta una componente essenziale della buona fede espressa dall’art.1337.

¹⁷⁴ Non è questa la sede per approfondire il contenuto di tale dovere tuttavia è essenziale notare che non ogni reticenza fra le parti è illecita. In questo senso il criterio della buona fede con un approccio casistico rappresenta uno strumento piuttosto duttile.

incolpevole sulla positiva prosecuzione o conclusione del contratto, viene sanzionato dall'ordinamento, sempre nella *ratio* di proteggere la parte rispetto al compimento di scelte pregiudizievoli basate sul falso presupposto dell'esistenza di determinate situazioni di fatto o di diritto¹⁷⁵.

Il canone di buona fede in questo senso risulta essenziale, secondo una logica funzionale, per individuare quali informazioni effettivamente devono essere rese per evitare che si possano formare "affidamenti che risultino pregiudizievoli in quanto non corrispondono alla realtà"¹⁷⁶.

Parimenti, la buona fede prescrive anche il dovere di non deludere l'affidamento sull'affare generatosi nella controparte che potrebbe essere leso quando questa interrompe in maniera ingiustificata le trattative precontrattuali.

In linea generale, tutta la fase di formazione del regolamento contrattuale è caratterizzata da una piena libertà contrattuale delle parti. Così come è libera la conclusione, altrettanto lecita è la rottura delle trattative, sempre espressione della stessa libertà, purché non avvenga in maniera *ingiustificata* e dopo che si è già consolidato un affidamento della controparte sulla conclusione del contratto¹⁷⁷.

Dal punto di vista dell'apparato rimediale, la previsione della tutela risarcitoria è coerente con la natura e la funzione del canone di buona fede oggettiva nel regolamento contrattuale¹⁷⁸. Il danno risarcibile è limitato a coprire il cosiddetto interesse negativo¹⁷⁹, e deriva dall'aver confidato nel

¹⁷⁵ A. ALBANESE, *Buona fede*, cit., p. 40. L'affidamento incolpevole è in tal caso sia presupposto della responsabilità che criterio per selezionare i danni risarcibili.

¹⁷⁶ *Ivi*, p.41.

¹⁷⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p.181-182, il carattere ingiustificato del recesso dalle trattative ritiene sufficiente anche la sola colpa.

¹⁷⁸ Sulla natura e sulla funzione integratrice della clausola di buona fede si è già detto nel primo paragrafo del presente capitolo.

¹⁷⁹ Non viene risarcito il cosiddetto interesse positivo che corrisponde "all'interesse all'esecuzione del contratto validamente concluso e all'acquisizione dei relativi profitti". Certamente, tra le voci che compongono l'interesse negativo, vi è la necessità di risarcire le spese sostenute per la trattativa, il tempo sprecato, la perdita di occasioni coltivate per

raggiungimento dell'accordo¹⁸⁰ compiendo scelte coerenti con tale risultato, condizionate dall'altrui comportamento scorretto.

In questo senso, la buona fede oggettiva, come già anticipato, rileva quale norma di condotta per le parti negoziali, pertanto, la sua violazione non condiziona la validità della pattuizione, ma origina esclusivamente una responsabilità, che nell'ambito delle trattative, è appunto definita precontrattuale¹⁸¹, con conseguenti pretese di tipo riparatorio.

La violazione degli obblighi di buona fede può infatti inficiare il piano della validità della pattuizione soltanto per previsione espressa del legislatore¹⁸².

La *ratio* della distinzione tra norme di validità e norme di condotta nel diritto civile tradizionalmente risiede nell'autonomia privata¹⁸³, la quale non tollera che, al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, il giudice abbia il potere di dichiarare invalide o inefficaci le clausole autodeterminate dalle

star dietro a quell'affare. Il cosiddetto danno emergente. Non c'è accordo nell'elaborazione scientifica e nella giurisprudenza per quanto riguarda invece la risarcibilità della perdita di un'occasione alternativa ben precisa che senza dubbio avrebbe portato profitti (lucro cessante), V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p.187.

¹⁸⁰ A. ALBANESE, *Buona fede*, cit., p.45.

¹⁸¹ Non rileva in questa sede la natura attribuita alla responsabilità precontrattuale. Si può tuttavia dar conto che il dibattito è più acceso nell'elaborazione scientifica. Vi è chi infatti sostiene (ed è l'opinione più accreditata in giurisprudenza) che si tratti di responsabilità extracontrattuale ex art.2043, chi invece ritiene che si tratti di responsabilità contrattuale ex art.1218 in quanto, comunque, fra le parti della trattativa vi è comunque una relazione qualificata. C'è chi invece ulteriormente ritiene che si tratti di un *tertium genus* di responsabilità con caratteri appartenenti ad entrambe le tipologie.

¹⁸² In particolare, numerose sono le previsioni di obblighi "di protezione" che assumono invece la qualifica di regole di validità nell'ambito del diritto dei consumatori, derogando alla disciplina "ordinaria del Codice civile". Si pensi alla violazione dell'obbligo informativo in alcune tipologie di contratti del consumatore come causa di nullità della pattuizione; alla stessa nullità di protezione, relativa e parziale, delle clausole vessatorie. La *ratio* perseguita dal legislatore in questi casi è quella di attenuare gli squilibri e le asimmetrie che caratterizzano le parti contrattuali.

Anche nelle ipotesi di contratti affetti da vizi della volontà secondo la regolazione codice civile, annullabili, in realtà si può individuare la medesima *ratio*.

¹⁸³ M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione in P.A.*, *Persona e amministrazione*, 2/2022, p.59 e ss.

parti per contrasto con una regola, quale la buona fede, dal contenuto non determinabile a priori, ma caso per caso¹⁸⁴.

Inoltre, la qualificazione come norma di condotta permette di evitare che ogni violazione si ripercuota sulla sorte del contratto, andando a minare la stabilità dei traffici giuridici. Si tratta quindi di una scelta di valore del legislatore che reputa certe violazioni gravi, ma non al punto tale da caducare il contratto e i suoi effetti.

Difatti, come si è potuto rilevare dall'analisi degli obblighi di protezione, il principio di buona fede si caratterizza per imporre alle parti del rapporto condotte autonome rispetto alla pattuizione negoziale, e protegge un bene diverso e anteriore¹⁸⁵ da quello oggetto della prestazione principale, che, per altro, può anche non venire mai in essere se le trattative falliscono.

4.1.2 ...e diritto amministrativo

Nel diritto amministrativo il rapporto tra norme di validità e norme di condotta in relazione alla buona fede è risolto in parte diversamente, così come, secondo certe ricostruzioni, differirebbero le conseguenze per la sua violazione.

Inizialmente, il principio era per lo più richiamato dalla giurisprudenza nell'ambito delle ipotesi di annullamento d'ufficio e, in tali circostanze, operava come norma di validità¹⁸⁶, ossia come regola che poteva incidere nella fase decisoria e sul contenuto del provvedimento mediante la "sanzione" dell'invalidità.

¹⁸⁴ *Ivi*, p.64.

¹⁸⁵ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p.176-177.

¹⁸⁶ M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità*, cit., p. 66. Nel dibattito scientifico vi sono ancora resistenze nell'affermare la distinzione fra norme di validità e di condotta nel diritto amministrativo. Questo da un lato si spiega facendo leva sulla natura imperativa dei vizi di legittimità e sulla centralità dell'azione di annullamento. Dall'altro si dice che, contrariamente al diritto civile in cui la *ratio* della distinzione risiede proprio nella salvaguardia dell'autonomia privata, nel diritto amministrativo occorre dotare il giudice di strumenti elastici in grado di controllare l'esercizio del potere e avvicinarsi sempre più al merito della decisione. G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p.178.

Lo dimostra la ricostruzione offerta nella presente indagine in tema di annullamento d'ufficio e di affidamento legittimo: una decisione di secondo grado che andava a rimuovere il provvedimento illegittimo senza una corretta considerazione dell'affidamento del destinatario alla stabilità degli effetti dell'atto favorevole poteva essere impugnata facendo valere l'illegittimità per eccesso di potere¹⁸⁷.

In assenza di una regolazione legislativa, tuttavia, era il giudice ad integrare la disciplina con la predisposizione di specifici limiti non scritti¹⁸⁸ al potere di riesame.

Le istanze di tutela del privato nei confronti del potere di secondo grado – come si è ricordato *supra* – hanno poi spinto il legislatore a prevedere una disciplina legale dei poteri di secondo grado: con l'entrata in vigore dell'art.21 *nonies* nella L.n.241 del 1990, la disciplina legale ha fatto propri tutti i limiti al ritiro del provvedimento che prima erano desunti dalla buona fede oggettiva.

Progressivamente, dunque, il carattere sempre più “procedimentalizzato” dell'azione amministrativa ha fatto sì che molti degli obblighi di protezione discendenti dalla buona fede siano oggi previsti direttamente dalla legge a pena di validità del provvedimento.

In questo senso, “laddove, infatti, vi sia uno “spazio normato” (corrispondente alla legalità) in cui è la legge stessa a regolare il rapporto fra le parti (...) il richiamo alla buona fede risulta pleonastico perché le scorrettezze dell'amministrazione non si ricollegherebbero alla violazione della buona fede ma alla violazione di norme puntuali”¹⁸⁹.

Ne derivano due conseguenze.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ È già stata ripercorsa nei paragrafi precedenti l'evoluzione della disciplina dell'annullamento d'ufficio e della tutela dell'affidamento legittimo.

¹⁸⁹ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit. p.170-171 che cita M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità*, cit. p.72 e ss.

Da un lato, volendo attribuire rilevanza al principio, “l’ambito di operatività della buona fede va individuato all’esterno dei principi e delle regole che governano l’azione amministrativa¹⁹⁰”.

In questa logica, essa svolge allora la funzione di integrare la disciplina scritta a protezione del cittadino o dell’impresa che si rapporta con l’amministrazione affinché quest’ultima agisca in modo corretto “anche in relazione a profili che non sono oggetto di specifiche prescrizioni¹⁹¹”.

Un autonomo spazio di rilevanza della buona fede e dell’affidamento che ne è corollario, residua, quindi, nella “parte non normata” ossia nell’ambito dell’esercizio del potere di scelta discrezionale lasciato all’amministrazione¹⁹²: è qui che l’amministrazione potrebbe dar adito a scorrettezze e ingenerare con le sue condotte un affidamento (non legittimo ma) incolpevole, meritevole di tutela nei confronti del privato¹⁹³.

Dall’altro lato, il rispetto della buona fede si apprezza indipendentemente dalla legittimità del provvedimento¹⁹⁴ e l’amministrazione è tenuta alla sua osservanza nei confronti della controparte, a prescindere dall’esistenza dei presupposti per l’ottenimento di una decisione a sé favorevole¹⁹⁵.

Questa affermazione assume ancora più valore laddove si consideri l’azione amministrativa non “nella sola prospettiva obbiettiva della produzione giuridica, ma anche in quella relazionale, ossia nella consapevolezza che l’azione amministrativa si svolge all’interno di un rapporto con il privato¹⁹⁶”.

¹⁹⁰ M. TRIMARCHI, *Buona fede*, cit., p.77.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit., p. 171.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Anche la giurisprudenza amministrativa è andata in questa direzione richiamando il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento come affermato nel mondo civilistico. Cfr. la Sentenza dell’Adunanza Plenaria 4 maggio del 2018 n.5.

¹⁹⁵ M. TRIMARCHI, *Buona fede*, cit., p.78.

¹⁹⁶ *Ivi*, p. 74.

In questo senso, la buona fede allora è, per l'opinione maggioritaria, regola di condotta che rileva solo sul piano dell'illiceità¹⁹⁷ e non anche su quello dell'illegittimità e che può innescare pretese di tipo risarcitorio non diversamente da quanto accade fra soggetti privati.

La ragione di tale qualificazione diverge però da quella addotta per il diritto civile. Nel diritto amministrativo non vi è infatti la necessità di contenere l'intervento giudiziale rispetto all'autonomia privata, anzi, l'evoluzione della logica del giudizio amministrativo si è rivelata opposta¹⁹⁸ a questa visione.

Al contrario dell'impostazione privatistica, si sostiene che nel rapporto amministrativo si vorrebbe evitare che “l'invalidazione del provvedimento consegua alla violazione di norme che non pongono vincoli idonei, direttamente o anche solo indirettamente, ad incidere sul contenuto del provvedimento¹⁹⁹”.

Alcune elaborazioni, tuttavia, ancora ritengono che la buona fede, nel momento in cui si interfaccia con il potere amministrativo, diventi regola di validità²⁰⁰.

In particolare, guardando alla fisionomia dei vizi di legittimità dell'atto e soprattutto all'eccesso di potere, una certa impostazione evidenzia come i principi generali che attengono al comportamento dell'amministrazione

¹⁹⁷ In questo senso anche G. VETTORI, *La buona fede nella “nuova” legalità plurale* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022, p.1-28.

¹⁹⁸ M. TRIMARCHI, *Buona fede*, cit., p.75.

¹⁹⁹ *Ivi*, p.76.

²⁰⁰ L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Diritto amministrativo*, 1/2020. L'A. sostiene che “a differenza del diritto civile, nel quale la validità del contratto è definita dagli elementi e requisiti del contratto previsti per legge, nel diritto amministrativo il paradigma della validità è costituito solo in parte dalla fattispecie normativa del provvedimento, poiché include tutta una serie di regole di azione e di giudizio che disciplinano la transizione dal potere all'atto” come, ad esempio, i principi di buon andamento e imparzialità, p. 259.

rientrano in realtà nei parametri in base ai quali è valutata la validità del provvedimento amministrativo²⁰¹.

“Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, non si limiterebbe] infatti ad un mero raffronto formale tra il contenuto dell’atto amministrativo e le puntuali disposizioni di legge”.

Infatti, “la previsione del vizio di eccesso di potere svolge precisamente la funzione di estendere la cognizione del giudice ad aspetti dell’azione amministrativa ulteriori rispetto a quanto previsto da specifiche previsioni normative di dettaglio²⁰²”.

Di conseguenza, escludere che la buona fede rientri nelle regole di validità precluderebbe la possibilità di accesso alla tutela demolitoria²⁰³, restringendo ancora di più gli strumenti rimediali a disposizione del privato.

Tuttavia, uno degli elementi di maggior criticità di tale impostazione risiede proprio nel fatto che, considerando la buona fede come norma di validità, la tutela del privato, da un lato, resterebbe limitata e ancorata all’illegittimità dell’atto; dall’altro sarebbe esclusa ogni qual volta in cui l’atto sia legittimo, ma l’amministrazione abbia tenuto un comportamento scorretto, ancorché non si sia riverberato su di quest’ultimo ovvero qualora il provvedimento manchi totalmente.

Non si riconosce, infatti, alcuna rilevanza a una tutela, anche in forma specifica, diversa da quella demolitoria.

Al contrario, la distinzione tra norme di condotta e norme di validità risulta essenziale per attuare e garantire anche nel rapporto amministrativo i principi fondamentali di effettività della tutela e atipicità delle azioni enunciate dall’articolo 24 della Carta costituzionale²⁰⁴, consentendo di individuare

²⁰¹ *Ivi*, p.237.

²⁰² L. LORENZONI, *Osservazioni*, cit., p. 266

²⁰³ *Ivi*, p. 239.

²⁰⁴ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p.180.

la forma rimediale più adeguata alla protezione della situazione soggettiva sostanziale.

4.2 La lesione dell'affidamento incolpevole nel rapporto amministrativo: analisi e criticità delle ricostruzioni più recenti

In accordo con questo ordine di idee, sostenendo la vigenza anche nel diritto amministrativo della distinzione civilistica tra regole di condotta e regole di validità e ribadendo la qualificazione della buona fede quale regola di condotta che impone specifici obblighi comportamentali all'amministrazione²⁰⁵, resta da comprendere se il modello di tutela accordato dal mondo civilistico per la lesione dell'affidamento (incolpevole) possa essere esteso anche al rapporto con l'amministrazione.

La fisionomia del rapporto fra privato e amministrazione comporta infatti la necessità di un ripensamento sia dei caratteri sia delle modalità di tutela dell'affidamento civilistico.

La fase delle trattative contrattuali certamente presenta delle affinità con la fase procedimentale ma, mentre la formazione del contratto e la produzione dei suoi effetti trae origine dal libero incontro delle volontà delle parti, nel rapporto amministrativo, al contrario, la formazione del provvedimento è incanalata all'interno delle regole procedimentali previste dalla legge e, pertanto, la decisione finale non è libera.

Non lo è senza dubbio nell'ambito dell'attività vincolata dove il privato vanta una posizione di diritto soggettivo, ma anche in quella discrezionale in

²⁰⁵ Collocandosi la buona fede all'interno del rapporto tra privato e amministrazione, gli stessi obblighi gravano anche sul privato. La questione sarà approfondita nel Capitolo II anche se il tema non è oggetto specifico della presente indagine.

Valorizza la valenza bilaterale della buona fede M.C. CAVALLARO, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022, p.131-150. In particolare, p.145 e ss.

quanto l'amministrazione è tenuta comunque a rispettare i principi generali e fondamentali dell'ordinamento.

Tuttavia, nell'ambito della discrezionalità emerge un elemento costitutivo della fattispecie, il potere, che è assente nei rapporti interprivati (e anche nell'attività vincolata).

Come già anticipato nei paragrafi precedenti, qualora gli obblighi in cui si concretizza la buona fede siano stati "procedimentalizzati", la loro violazione è "assorbita" dalla legalità e dunque dalla legittimità o meno del provvedimento.

Laddove invece l'amministrazione abbia un margine di scelta, "in uno spazio non normato", e dunque si trovi a spendere il potere in virtù del carattere autoritativo del provvedimento, gli obblighi "non scritti" derivanti dalla buona fede assumo rilevanza²⁰⁶ propria.

Nell'ambito dell'attività discrezionale, "con l'apertura del procedimento inizia infatti una vicenda di potere che determina la nascita della pretesa principale, l'interesse legittimo, e segna il momento a partire dal quale l'amministrazione spende la propria discrezionalità²⁰⁷".

Ne derivano allora due conseguenze rilevanti.

La prima è che, a differenza del diritto privato, in cui gli obblighi di correttezza sono autonomi rispetto alla prestazione principale, nel procedimento amministrativo l'agire secondo correttezza può condizionare la soddisfazione della pretesa principale.

E ciò in quanto si assume che l'interesse legittimo che si fronteggia al potere non coincida con l'interesse al bene della vita, ma, al contrario, che abbia la struttura di un diritto di credito alla *chance* o, meglio, di un diritto a che l'amministrazione sciolga correttamente (non anche positivamente) l'incertezza normativa su ciò che si può e ciò che non si può fare.

²⁰⁶ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p.182.

²⁰⁷ *Ibidem*.

La seconda è che, nell'ambito del procedimento, la condotta tenuta dall'amministrazione può portare alla consumazione della discrezionalità²⁰⁸, posto che numerosi sono gli indici nel nostro ordinamento a favore di un'esauribilità del potere amministrativo²⁰⁹.

In questo contesto assume un valore centrale l'affidamento ingenerato dall'amministrazione nel destinatario del provvedimento sulla conclusione favorevole del procedimento.

In particolare, nella dinamica procedimentale, la nascita di un affidamento – ingenerato dalle condotte dell'amministrazione attraverso la spen- dita della propria discrezionalità in una determinata direzione – potrebbe ar- rivare ad interferire con il contenuto della decisione finale, permettendo di qualificare il successivo comportamento dell'amministrazione che si dovesse orientare in una diversa direzione in termini di inadempimento e aprendo alla possibilità di una tutela di condanna in forma specifica.

Tuttavia, le ricostruzioni maggioritarie anche più recenti sostengono che la lesione dell'affidamento ingenerato dai comportamenti dell'ammini- strazione possa trovare rimedio solo sul versante risarcitorio²¹⁰, quindi in una

²⁰⁸ *Ivi*, p.182-183.

²⁰⁹ Questo profilo sarà l'oggetto del Capitolo III.

²¹⁰ M. TRIMARCHI, *Buona fede*, cit., p.78-79 “il dispositivo risarcitorio si fonda sempre sull'assunto che la buona fede determina nel privato la titolarità di un'aspettativa giuridi- camente rilevante a che l'amministrazione si comporti correttamente all'interno del rap- porto; se tale affidamento è violato dall'azione scorretta dell'amministrazione, il privato che sulla base dello stesso abbia assunto decisioni rivelatesi pregiudizievoli, ha diritto al risarcimento”. Si veda anche G. GRECO, da ultimo, *Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 3/2025, pp. 525-548. Si veda inoltre, N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti in P.A. Persona e amministrazione*, 2/2022 p.105-129 che ritiene che il privato sia titolare “di una pretesa alla condotta coerente e non contraddittoria dell'altra parte” a pre- scindere dalla natura della stessa e del rapporto in cui tale condotta interviene. P.114. Sempre nella prospettiva della tutela per equivalente si pone l'impostazione di F. TRIMAR- CHI-BANFI, *Affidamento legittimo*, cit., p.843 e ss. che ammette l'esistenza e l'esigenza di tutela di un affidamento incolpevole nel rapporto con l'amministrazione, ma limita la pre- tesa risarcitoria ai soli casi in cui il danno da affidamento derivi da una negligenza dell'amministrazione.

prospettiva di tutela di condanna per equivalente. Su questa posizione, come si avrà modo di approfondire nel prossimo capitolo, anche l'elaborazione giurisprudenziale è tendenzialmente allineata.

Si tratta, come accade nel diritto privato, di un risarcimento per responsabilità da condotta illecita e non da provvedimento illegittimo.

In particolare, una certa ricostruzione²¹¹, recuperando la differenziazione già individuata da Merusi, distingue tra un affidamento incolpevole “in senso lato” e un affidamento incolpevole “in senso stretto”.

Il primo andrebbe identificato come aspettativa a che tutti i soggetti dell'ordinamento si comportino rispettando non solo lo *ius strictum*, ma anche le regole di correttezza imposte dalla buona fede, secondo un'accezione di buona fede intesa quale dovere “generico” di correttezza.

Il secondo invece sarebbe proiezione di una concezione più ristretta della buona fede intesa quale divieto di *venire contra factum proprium* e configurabile come aspettativa di coerenza rispetto ad un precedente comportamento dell'amministrazione.

Tale differenziazione, seguendo questo ordine di idee, risulta essenziale per delineare le ipotesi di responsabilità.

Dal lato dell'affidamento cosiddetto in senso lato, che si traduce a sua volta in dovere di collaborazione e divieto di aggravare il procedimento, non sembra che si possa individuare un autonomo spazio di rilevanza per la buona fede perché, come detto, molte regole sono ormai state positivizzate²¹².

Altre impostazioni, come già analizzato, rinvencono invece un rimedio idoneo nella previsione di un indennizzo anche nelle ipotesi di affidamento “incolpevole” A. TRAVI, *Considerazioni*, cit., A. GIGLI, op.cit. p.183 e ss.

²¹¹ M. TRIMARCHI, *Buona fede*, cit., p. 76 e ss. che recupera la distinzione già messa in evidenza da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento* cit., p.126 e ss.

²¹² *Ivi*, p.82. Un margine di operatività per la responsabilità da lesione dell'obbligo di correttezza potrebbe residuare nell'ambito della cosiddetta *amministrazione informale* ossia in riferimento a tutti quei contatti che si instaurano durante il procedimento, che non si formalizzano in atti e che attualmente sfuggono all'attuale disciplina del provvedimento, ma che possono essere occasione di scorrettezze nel rapporto con il privato.

In questo caso la tutela dell'affidamento sarebbe, per così dire, costante durante l'intera fase procedimentale e la responsabilità che deriva da eventuali scorrettezze procedurali sarebbe precedente all'adozione del provvedimento.

Il provvedimento può certo sopravvenire alla condotta illecita dannosa, ma non è di per sé elemento costitutivo dell'illecito²¹³.

Al contrario, dal lato dell'affidamento inteso come aspettativa di un comportamento coerente dell'amministrazione, "la buona fede comporta la tutela dell'affidamento del privato nella conclusione *positiva* del procedimento, sorto in ragione di un frammento della condotta dell'amministrazione in seno al procedimento medesimo²¹⁴", fatte salve le facoltà di rivalutare e rivedere le scelte man mano che prosegue l'istruttoria.

In questo secondo caso, l'affidamento potrebbe sorgere in base a come l'amministrazione decide di spendere la propria discrezionalità²¹⁵ e alle condotte eventualmente suscettibili di creare aspettative sulla conclusione favorevole del procedimento. La responsabilità deriverebbe dalla lesione dell'affidamento sulla favorevole conclusione del procedimento e sarebbe il provvedimento la causa del danno.

La tutela, tuttavia, si arresta anche in questo secondo caso al rimedio risarcitorio.

5 Insufficienza del modello risarcitorio e effettività della tutela: necessità di una ricostruzione alternativa

Questa soluzione, come le altre che sostengono l'esigenza di accordare una tutela di tipo risarcitorio-indennitario, ha senza dubbio il pregio di dare

²¹³ M. TRIMARCHI, *Buona fede*, cit., p.84

²¹⁴ *Ibidem*. Corsivo aggiunto.

²¹⁵ Sulla base di quanto si è sostenuto precedentemente è nell'ambito della discrezionalità in ogni caso che l'amministrazione può porre in essere condotte ingeneranti un affidamento meritevole di tutela.

consistenza a un'accezione di affidamento diversa rispetto a quella meramente procedimentale e di introdurre un apparato rimediale che supera la prospettiva demolitoria.

Segnatamente, l'impostazione da ultimo analizzata, nel sottolineare gli elementi di differenza delle varie ipotesi in cui può rilevare un affidamento incolpevole, mette in luce un aspetto rilevante: la possibile correlazione fra affidamento incolpevole, quale pretesa di non contraddizione del comportamento dell'amministrazione (rispetto a una discrezionalità già spesa), e la conclusione favorevole del procedimento.

Tuttavia, il limite del modello risarcitorio sta proprio nel fatto di impedire la soddisfazione in forma specifica della pretesa del privato: non in tutte le circostanze una riparazione esclusivamente di tipo economico si rivela una forma di tutela pienamente soddisfattiva.

Il privato potrebbe, infatti, sulla base dell'affidamento riposto sulle condotte dell'amministrazione, aver effettuato scelte o preso decisioni che trovano tutela soltanto con l'emanazione del provvedimento "promesso".

Allo stesso tempo, è possibile riconoscere al privato una pretesa al risultato favorevole, fondata sull'affidamento-buona fede, anche nell'ambito dell'attività discrezionale?

A prima vista emergono alcuni elementi che sembrano tra loro inconciliabili.

Da un lato, infatti, in accordo con la nozione accolta in questo elaborato di interesse legittimo, di fronte al potere il privato non potrebbe vantare alcuna pretesa al provvedimento favorevole, ma solo un "diritto" al corretto scioglimento della *chance* legale.

Dall'altro, nell'ambito della discrezionalità, il sindacato del giudice non può spingersi fino a sostituirsi all'amministrazione – nel caso questa non provveda o provveda in senso negativo – nell'adozione delle decisioni intaccando il cosiddetto merito amministrativo.

A queste affermazioni, tuttavia, vi è un'eccezione rappresentata dall'ipotesi in cui la discrezionalità si sia consumata nel corso del procedimento e dunque “non residuino ulteriori margini per l'esercizio della stessa” come affermano gli articoli 31 comma 3 e 34 comma 1 lett. c) del Codice del processo amministrativo.

In questa logica, si può ritenere che certe condotte che l'amministrazione ha tenuto durante il procedimento – spendendo il proprio margine di scelta – che possono aver ingenerato un affidamento incolpevole su un certo risultato favorevole, possano aver portato ad una consumazione della discrezionalità e dunque consentano l'esperibilità dell'azione di condanna in forma specifica.

Si pone allora il problema di comprendere quali siano questi comportamenti fondativi di un affidamento rilevante, idonei a esaurire il potere, anche alla luce della giurisprudenza europea che valorizza la condotta complessiva delle parti e le eventuali rassicurazioni rilasciate al privato come elementi costitutivi per l'affidamento, in una logica che supera la prospettiva “atto centrica” nazionale.

Capitolo II L'affidamento nella dimensione eurounitaria: l'ap- proccio sostanzialista della Corte di giustizia e gli orientamenti della giurisprudenza nazionale

1 L'evoluzione della tutela dell'affidamento nell'ordinamento europeo: l'influenza del diritto tedesco e l'elaborazione "creativa" della Corte di giustizia - 1.1 Il legittimo affidamento come "principio generale comune agli stati membri" - 1.2 Il fondamento dell'affidamento nella tradizione giuridica tedesca e l'opera di armonizzazione della Corte di giustizia - 1.3 Affidamento e atti legislativi - 2 Affidamento e atti amministrativi - 2.1 Le condizioni per un affidamento tutelabile di fronte alla "revoca" degli atti amministrativi - 2.1.1 Affidamento a fronte di atti amministrativi favorevoli - 3 La rilevanza dei comportamenti della P.A. per un affidamento tutelabile anche in assenza di provvedimento: il concetto di "rassicurazione" - 3.1 I caratteri costitutivi delle rassicurazioni - 3.2 Affidamento oltre l'esigenza di certezza del diritto nella prospettiva della Corte di giustizia - 3.3 Affidamento a fronte di atti amministrativi sfavorevoli - 4 La rilevanza dei comportamenti della P.A. nella prospettiva della giurisprudenza nazionale più recente - 4.1 La tesi "pubblicistica" del Consiglio di Stato - 4.2 La tesi "civilistica" della Cassazione - 4.2.1 Le ordinanze gemelle del 2011 - 4.2.2 L'ordinanza n.17585 del 2015 - 4.2.3 L'ordinanza n.8326 del 2020 - 4.2.4 Le pronunce del 2023-2024 e la sentenza n.26080 del 2025 - 5 Elementi per un ripensamento dell'affidamento tutelabile alla stregua del diritto europeo

1 L'evoluzione della tutela dell'affidamento nell'ordinamento europeo: l'influenza del diritto tedesco e l'elaborazione "creativa" della Corte di giustizia

1.1 Il legittimo affidamento come "principio generale comune agli stati membri"

Anche nella prospettiva sovranazionale, il principio del legittimo affidamento è da tempo¹ pacificamente riconosciuto e tutelato, anche se in termini parzialmente differenti da quelli domestici.

¹ La prima affermazione del principio risale alla sentenza *Algera*, C. giust.12 luglio 1957 cause riunite C-7/56 e 3-7/57.

Esso rientra tradizionalmente nel novero dei *principi generali non scritti*², *comuni* agli stati membri, che, pur non trovando un riferimento espresso nei Trattati dell'Unione, si caratterizzano per il fatto di essere ricavati indirettamente dalla Corte di giustizia sulla base degli articoli 340, 263 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea³ e dall'articolo 19 del Trattato sull'Unione europea⁴, i quali rappresentano il fondamento del potere di elaborazione creativa⁵ della Corte stessa.

² I principi generali rappresentano fonti interposte per l'ordinamento dell'Unione. In alcuni casi sono stati espressamente richiamati in alcuni atti dell'Unione come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o Carta di Nizza (proclamata per la prima volta il 7 dicembre del 2000 e divenuta vincolante per gli stati membri con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009), assumendo il rango di fonti primarie.

Tali principi svolgono principalmente tre funzioni. Da un lato, rappresentano il parametro di legittimità degli atti derivati, che devono quindi essere ad essi conformi. Dall'altro, costituiscono criteri di interpretazione del diritto dell'Unione: pertanto, la Corte interpreta il diritto dell'Unione alla luce dei diritti fondamentali, dandone una interpretazione orientata ai principi generali. Infine, sono lo strumento attraverso cui si integrano le lacune del sistema. In caso di contrasto fra diritto scritto e principi generali, tendenzialmente prevalgono quest'ultimi, nel senso che essi rappresentano il canone ermeneutico in base al quale il diritto scritto deve essere interpretato. Vedi D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo* in M. RENNA-SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 41-59 e in particolare p.45.

³ Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° dicembre del 2009.

⁴ Trattato di Maastricht del 7 febbraio del 1992, entrato in vigore il 1° novembre del 1993

⁵ G. GAJA – A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2020 p.170-173. In particolare, l'art.340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (da ora citato come TFUE) indica le situazioni nelle quali l'Unione causa un danno con una propria attività. Quando questo accade, l'Unione deve risarcire il danno e le regole riguardanti il risarcimento del danno si trovano nei “*principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*”. L'art. 263 invece riguarda i ricorsi di annullamento, cioè quei ricorsi proposti nei confronti degli atti dell'Unione dinanzi alla Corte di giustizia.

Tra i vizi di validità degli atti che la Corte è chiamata a valutare, vi è il vizio per “violazione dei Trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione”. Le “regole di diritto” sono proprio i principi generali, che quindi la Corte ritiene di poter affermare. L'art.19 del Trattato sull'Unione europea (da ora citato come TUE) attribuisce invece alla Corte il potere di assicurare il rispetto del diritto dell'Unione nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati e, nell'ambito delle *regole del diritto* che devono essere rispettate, vi sono anche i principi generali che la Corte ricava dalla sua giurisprudenza. Vedi anche A. GIURICKOVIC DATO, *Sul principio del legittimo affidamento* in *Diritto e Processo amministrativo*, 1/2018, p.348.

Non si tratta, tuttavia, di un principio formulato *ex novo* dalla Corte, al contrario, la sua origine è da individuare nelle elaborazioni emerse nell'ambito all'ordinamento tedesco già a partire dal Secondo dopoguerra.

Infatti, fin dalle prime fasi del processo di integrazione europea, la Corte, nell'esercizio della propria attività giurisdizionale, ha iniziato ad affermare la vigenza nel sistema europeo di un complesso di principi⁶, attingendo alle tradizioni comuni⁷ degli stati membri e attribuendo loro valenza di carattere generale.

In questo senso, decisiva è stata, da un lato, l'iniziale carenza di fonti scritte del diritto dell'Unione, dall'altro l'esigenza di individuare dei criteri in base al quale risolvere i singoli casi specifici dinnanzi alla Corte.

Peraltro, questa attività di "estrapolazione" non si svolge secondo modalità strutturalmente differenti rispetto a quanto avviene negli ordinamenti nazionali. I giudici, in assenza di regole positive in relazione all'esercizio dell'azione amministrativa, hanno dovuto delineare dei parametri generali per il controllo di legittimità dell'operato della stessa⁸.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'opera di individuazione dei limiti "impliciti" dell'annullamento d'ufficio da parte della giurisprudenza

⁶ In un primo momento la Corte ha iniziato a sviluppare i principi in una *ratio* di integrazione del diritto dell'Unione. Con l'espandersi delle materie di competenza sovranazionale, anche il ruolo dei principi è cresciuto ulteriormente. Intorno agli anni '90 ne ha poi affermato il carattere vincolante non solo per le istituzioni europee ma anche nei confronti degli stati. Si vedano, a titolo esemplificativo, la sentenza C. giust. del 19 giugno 1990, C-213/89, *Factorame* e le sentenze C. giust. del 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e 9/90 *Francovich* in tema di tutela giurisdizionale. D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, cit. p.46. Vedi anche A. MASSERA, *I principi generali* in Trattato di diritto amministrativo europeo, parte generale, tomo I, M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), Milano, Giuffrè, 2007, p. 48-69, in particolare, p. 49, in cui si fa riferimento ad un'opera di "mediazione" della Corte di giustizia.

⁷ La Corte nella sentenza C. giust. 18 maggio 1982, A.M. e S., causa C-155/79, raccolta 1575, afferma che il diritto comunitario "deve tener conto dei principi e delle concezioni comuni" agli stati membri in quanto questo deriva da "una compenetrazione non soltanto economica ma anche giuridica fra gli stati membri".

⁸ D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, p. 48.

amministrativa nazionale a partire dagli anni '70 del secolo scorso, di cui si è dato conto nel capitolo precedente.

Tuttavia, l'esperienza unitaria diverge da quella nazionale per due elementi: “il terreno d'origine e la tecnica di selezione⁹”.

Sotto il primo profilo, infatti, benché l'ordinamento europeo costituisca un ordine giuridico proprio e autonomo da quello degli stati membri – come afferma la Sentenza *van Gend en Loos*¹⁰ – esso nasce e si sviluppa sulla base delle tradizioni e dei valori degli stati membri stessi.

Sotto il secondo profilo, la Corte, nell'affermazione dei principi generali, non si limita ad un mero richiamo alla nozione propria dell'uno o dell'altro stato nazionale, ma, al contrario, compie una vera e propria opera di selezione, reinterpretazione¹¹ e sintesi in modo da adattarli alle peculiarità della dimensione sovranazionale e da superare le diversità dei singoli stati.

Si fa riferimento, in questo senso, a una sorta di “circularità” della tecnica utilizzata dalla Corte per il susseguirsi di un momento “ascendente” e poi “discendente”. Infatti, questa prima “pesca” i principi degli stati nazionali, poi li “reinterpreta” e, infine, li fa ricadere “a cascata” negli stati membri, in virtù del principio del primato del diritto sovranazionale¹², sempre in una logica comparativa cui si accompagna una componente di interpretazione creativa¹³.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. sentenza C. giust. 5 febbraio 1963, C-26/62.

¹¹ *Ibidem*. Si veda anche A. MASSERA, *I principi dell'ordinamento comunitario*, cit. p. 49, in cui l'A. afferma che “tanto maggiore sarà il valore che la Corte attribuisce ad un principio, tanto maggiore sarà la prospettiva che possa imporsi ed essere riconosciuto in tutti gli ordinamenti statali, e non soltanto con riguardo ai settori comunitari, ma in generale: in ciò risiede appunto la forza unificatrice dei principi e della giurisprudenza della Corte”.

¹² *Ex multis*, C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6/2016, 1531-1578. In particolare, p. 1542. Vedi anche D. DE PRETIS. op. cit., p.53

¹³ La Corte nella sua opera di selezione talvolta afferma principi che appartengono anche ad un solo stato nazionale e “scarta” invece principi più largamente condivisi. Questa operazione potrebbe creare dei problemi di “raccordo” nel momento in cui un principio “straniero” viene calato in un ordinamento che non lo riconosce ancora, ma anche per l'ordinamento d'origine stesso. La “ridefinizione” europea potrebbe infatti portare un

Il principio del legittimo affidamento è stato affermato per la prima volta con la sentenza *Algera*¹⁴ del 1957 nell'ambito di una controversia relativa alla legittimità di una revoca di una decisione comunitaria¹⁵.

Più specificatamente, la questione riguardava il ritiro di un provvedimento in materia di personale dell'Alta autorità della CECA (Comunità europea del Carbone e dell'acciaio) e nessuna disposizione del Trattato prevedeva a quali condizioni e con quali modalità un atto amministrativo della Comunità, da cui sorgessero diritti per il destinatario, potesse essere ritirato dall'amministrazione¹⁶.

La Corte, in tali circostanze, sostiene che “da un esame di diritto comparato risulta che nei sei stati membri 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 necessita di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola. Ciò vale in ispecie per la nomina dei funzionari”.

“Quando l'atto amministrativo è invece illegale, il diritto oggettivo di tutti gli stati membri ammette la possibilità della revoca. L'assenza di base legale oggettiva nell'atto amministrativo incide sul diritto soggettivo dell'interessato e giustifica la revoca dell'atto¹⁷”.

innalzamento dello standard di protezione accordato tramite il principio, ovvero una sua diminuzione, D. DE PRETIS, op. cit. p. 51 e ss.. Anche A. MASSERA, *I principi dell'ordinamento comunitario*, cit. p. 49, in cui l'A. afferma che il processo di avvicinamento deve avvenire attraverso “un processo di osmosi e di spontaneo adeguamento”.

¹⁴ Per i riferimenti si veda la nota 1.

¹⁵ Per una raccolta di giurisprudenza iniziale in tema di affidamento, si veda A. MASSERA, *I principi dell'ordinamento comunitario*, cit., p. 51.

¹⁶ *Ivi*, p.41. *ex multis*, vedi anche A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 44 e ss., M.T.P. CAPUTI-JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento* in Renna M.-Saitta F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p.159 e ss.

¹⁷Da Raccolta giuridica, p.112.

Emerge, dunque, nella dimensione unitaria un primo riconoscimento del legittimo affidamento nei confronti di un atto amministrativo, che viene inteso non quale espressione della buona fede oggettiva, ma come proiezione del principio di certezza del diritto.

Tuttavia, affinché tale affidamento possa essere tutelato, non è sufficiente il fatto che l'atto che l'ha ingenerato attribuisca al destinatario una posizione di vantaggio (diritti soggettivi in questo caso), ma è necessario altresì che questo atto sia legittimo. Ove, pertanto, l'atto sia legittimo e abbia attribuito dei diritti soggettivi, tendenzialmente non può essere ritirato, nella finalità di garantire massima protezione al valore della certezza del diritto¹⁸.

La Corte, in pronunce immediatamente successive, ha poi precisato che il principio di certezza del diritto non ha carattere assoluto, ma deve essere bilanciato con il principio di legalità: nell'ambito dei singoli casi concreti occorre valutare e bilanciare (secondo una logica ponderativa), gli interessi di tutte le parti coinvolte per comprendere quali di questi risulti prevalente¹⁹.

¹⁸ Nella sentenza C. giust. *Duff*, 15 febbraio 1996, cause riunite C-63/93, la Corte afferma espressamente che il principio del legittimo affidamento discende direttamente dal principio di certezza del diritto. In particolare, punto 20, "tale principio, che fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario (v. sentenza 21 settembre 1983, cause riunite 205/82-215/82, *Deutsche Milchkontor* e a., Racc. pag. 2633, punto 30), costituisce il corollario del principio della certezza del diritto, che esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario. Al riguardo si deve innanzitutto ricordare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, nulla giustifica che, nel settore delle organizzazioni comuni dei mercati, il cui scopo implica un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica, gli operatori economici si aspettino di non essere soggetti a restrizioni dovute ad eventuali regole adottate nel frattempo e rientranti nella politica di mercato o nella politica strutturale (v. in particolare, sentenza 10 gennaio 1992, causa C-177/90, *Kuehn*, Racc. pag. I-35, punto 13). Come affermato in tale sentenza (punto 14), il principio della tutela del legittimo affidamento può essere fatto valere nei confronti di una normativa comunitaria solo se la Comunità stessa ha precedentemente determinato una situazione tale da giustificare l'applicazione di questo principio".

¹⁹ A. GIGLI, op. cit. p.44.

In particolare, sostiene che, se la rimozione di un atto può sempre avvenire qualora questa abbia degli effetti non retroattivi, nel caso in cui invece abbia un'efficacia *ex tunc*, deve operare il criterio del bilanciamento²⁰.

Nella sentenza *Topfer*²¹ del 1978, la Corte afferma poi che il principio del legittimo affidamento “fa parte dell’ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe, ai sensi del predetto articolo, una violazione del trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione”²².

Nella giurisprudenza successiva, la Corte ha poi delineato in maniera più compiuta le caratteristiche dell'affidamento rilevante e meritevole di tutela.

Un dato che certamente risulta evidente dall'analisi di tali pronunce attiene al fatto che non risulta difficile individuare una tendenza costante nella protezione dell'affidamento: la Corte, tuttavia, adotta un approccio sostanzialista che varia caso per caso, dando rilievo ora alle esigenze di legalità, ora alle esigenze di stabilità, sulla base degli interessi coinvolti²³.

²⁰Sentenza C. giust. 22 marzo 1961, *S.N.U.P.A.T/Alta autorità della comunità europea del carbone e dell'acciaio*, cause riunite 42/56 e 49/59.

²¹ Sentenza C. giust. 3 maggio 1978, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. contro Commissione delle Comunità europee*, C-112/77.

²² A. GIGLI, op. cit., p. 45.

²³ *Ivi*, p.47 e p.49, “emerge un’oscillazione della giurisprudenza comunitaria tra rigore ed elasticità che non è facile riassumere in una formula statica”. Tuttavia, non sono molti i casi in cui i giudici hanno riscontrato un affidamento meritevole di tutela. La ragione secondo parte dell’elaborazione risiede nel fatto che l’ordinamento sovranazionale, diversamente da quello nazionale, non è a fini generali e dunque gli interessi che il giudice si trova a bilanciare “pesano come un macigno”. Anche il sindacato stesso è meno invasivo rispetto a quanto avviene nel diritto tedesco. D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata* in *Diritto Amministrativo*, 4/2008, p.757-789. In particolare, p. 784-785. “L’esigenza di bilanciamento si pone fra le esigenze di tutela del legittimo affidamento, da un lato, e la necessità, dall’altro, di non veder vanificate le finalità di pubblico interesse alle quali questo ordinamento deve le ragioni stesse della sua esistenza”.

1.2 Il fondamento dell'affidamento nella tradizione giuridica tedesca e l'opera di armonizzazione della Corte di giustizia.

Come anticipato, il fondamento dell'affidamento "europeo" è individuato dalla Corte di giustizia nel principio di certezza del diritto²⁴, sulla scorta di quanto avviene nell'ordinamento tedesco, anche se è stato poi rielaborato dalla Corte secondo una *ratio* di armonizzazione e omogenizzazione.

In particolare, negli anni immediatamente successivi alla Seconda guerra mondiale, la Repubblica Federale conobbe un forte intervento dello Stato nell'economia²⁵: iniziò pertanto a manifestarsi la necessità di garantire la stabilità delle posizioni giuridiche dei cittadini.

In tale contesto, la Corte federale e l'elaborazione scientifica tedesca²⁶, individuarono il principio del legittimo affidamento indirettamente dall'interpretazione degli articoli 20 comma 3 e 28 comma 1 della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania che consacrano lo Stato di diritto²⁷.

A fronte delle istanze di autonomia e libera iniziativa economica del cittadino, emergeva sempre più l'esigenza di garantire la prevedibilità del

²⁴ D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario*, cit., p. 757. In particolare, l'A. ricorda come si possano individuare due accezioni di certezza del diritto: "da un lato vi è la prospettiva che concerne la stabilità delle regole e delle posizioni giuridiche dei cittadini; dall'altro vi è, invece, il punto di vista della certezza del diritto intesa come chiarezza e precisione del diritto e delle posizioni giuridiche in generale". Soltanto il primo profilo gioca però un ruolo chiave rispetto ai provvedimenti amministrativi individuali, mentre la seconda attiene più propriamente agli atti normativi.

²⁵ A. GIGLI, op. cit., p. 40 e ss.

²⁶ A. GIGLI, op. cit., p.40.

²⁷ M.T.P. CAPUTI-JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, cit. p.160. Vedi anche F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni '30 all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001, p.35 e ss. L'A. ricorda che l'art. 20 al comma 3 la Legge fondamentale stabilisce infatti che il "legislatore è vincolato all'ordinamento costituzionale, l'esecutivo ed il potere giudiziario alla legge e al diritto". All'art. 28 comma 1 invece qualifica la federazione come Stato di diritto. Inoltre, l'A. ricorda come in Germania a venire in considerazione per la protezione dell'affidamento non sia la certezza del diritto nell'accezione della prevedibilità, - come avviene per l'elaborazione nazionale - ma, piuttosto, il concetto di sicurezza giuridica.

comportamento dei pubblici poteri, difendendo le posizioni giuridiche (private) di “aspettativa”²⁸ in una prospettiva di stabilità e sicurezza giuridica.

Le prime applicazioni del principio di affidamento riguardavano, pertanto, i casi in cui il privato avesse confidato in buona fede nel comportamento di un organo pubblico e fosse necessario porre dei limiti al mutamento della condotta così stabilita²⁹.

L'affidamento e la certezza del diritto vengono, tuttavia, concepiti e applicati in maniera autonoma e separata: “laddove il principio di certezza si connette ad una prospettiva di tipo oggettivo mentre la tutela dell'affidamento ad una prospettiva, invece, di tipo soggettivo. La tutela dell'affidamento rappresenta, cioè, la concretizzazione, da una prospettiva di diritto soggettivo, del principio di certezza del diritto ed è posta a salvaguardia della pretesa del cittadino a mantenere od acquisire una situazione giuridica a lui favorevole³⁰”.

Il principio del legittimo affidamento, in questa accezione, “si collega quindi al principio di certezza del diritto nella sua connotazione soggettiva: inteso, cioè, come affidabilità dell'ordinamento giuridico e stabilità delle posizioni giuridiche del singolo³¹”.

Anche nel diritto europeo il principio sembra godere della stessa autonomia rispetto alla certezza del diritto, mentre questa differenziazione sembra perdersi nell'elaborazione nazionale³².

²⁸ A. GIGLI, op. cit., p. 40.

²⁹ *Ivi*, p. 41. Dal piano amministrativo poi il principio si estende al legislatore.

³⁰ D.U. GALETTA, op. cit., p. 759.

³¹ *Ivi*, p. 762. Corsivo aggiunto. Questa interpretazione del principio “si ricollega, naturalmente, alla più generale concezione tedesca delle norme di diritto pubblico, che hanno quasi sempre una duplice natura: da un lato esse si configurano, infatti, come diritto oggettivo finalizzato alla tutela del pubblico interesse. Dall'altro esse vanno sempre interpretate come generatrici di diritti soggettivi: a meno che la norma non sia concepita a tutela esclusiva del pubblico interesse”, p. 778.

³² D.U. GALETTA, op. cit., p. 785 e ss.

Dal diritto tedesco, la giurisprudenza europea recupera poi la distinzione tra provvedimenti viziati e provvedimenti legittimi³³, che, al contrario, nel nostro ordinamento – sulla base di quanto ricostruito nel capitolo precedente – ha tendenzialmente conosciuto una rilevanza minore, almeno nelle impostazioni “classiche”.

Si pensi, infatti, alla ricostruzione tradizionale dell'affidamento legittimo nell'ambito dell'annullamento d'ufficio: seguendo l'ordine di idee della prospettiva ponderativa classica, la disciplina vigente consentirebbe di conservare un provvedimento, ancorché illegittimo, qualora l'interesse al mantenimento risulti prevalente rispetto a quello della sua eliminazione. Il carattere di illegittimità invece assumerebbe un valore discriminante laddove si considerasse quale interesse meritevole di tutela non l'affidamento alla stabilità del provvedimento (illegittimo), ma l'interesse (diritto di credito) al corretto scioglimento della possibilità normativa³⁴.

Nondimeno, la Corte recepisce anche la distinzione fra provvedimenti a effetti favorevoli e provvedimenti a effetti sfavorevoli, evidenziata anche negli scritti di Merusi³⁵(cfr. Capitolo I).

Quanto all'identificazione delle figure di affidamento meritevoli di tutela e all'apparato rimediale, gran parte degli indirizzi maturati dalle Corti tedesche sono stati recepiti nella legge sul procedimento amministrativo del 1976³⁶.

In particolare, se l'atto amministrativo è illegittimo, un'eventuale tutela dell'affidamento del destinatario potrebbe essere accordata solo laddove questo sia ampliativo, ossia abbia concesso un beneficio allo stesso.

³³ Fin dalla sentenza *Algera*, la legittimità del provvedimento è considerata un requisito essenziale per il configurarsi di un affidamento meritevole di tutela.

³⁴ Cfr. capitolo I.

³⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p. 102 e ss.

³⁶ Legge del 25 maggio 1976, vedi A. GIGLI, op. cit., p.41.

In questo caso, svolgono un ruolo essenziale “il tipo di provvedimento considerato e il fatto che il beneficiario abbia consumato o meno le prestazioni accordate³⁷”.

“Tenuto conto di tali elementi, l’amministrazione è chiamata ad operare un bilanciamento tra l’affidamento e l’interesse generale perseguito con il ritiro dell’atto³⁸”, il cui esito può essere o la mancata annullabilità per la prevalenza dell’affidamento, oppure il suo ritiro, accordando tuttavia una compensazione di tipo economico³⁹.

Se il provvedimento illegittimo è di tipo ablatorio, invece nessuna tutela è accordata alla posizione privata.

I termini della questione variano nel caso in cui il provvedimento sia legittimo. I requisiti per la rimozione dell’atto in tal caso sono ancor più stringenti, soprattutto qualora questo abbia effetti positivi: il ritiro non è mai *ad nutum*⁴⁰.

In definitiva, come emerge da questa breve analisi, la disciplina dell’autotutela nel diritto tedesco risulta essere più articolata, ma anche più rigorosa rispetto a quella domestica, in linea con un approccio marcatamente casistico, adottato anche dalla Corte di giustizia.

Nella disciplina italiana dell’annullamento d’ufficio, il carattere vantaggioso dei provvedimenti oggetto di riesame, stando alla lettera normativa, rileva esclusivamente nella determinazione del termine ultimo in cui è all’amministrazione è data facoltà di procedere al ritiro.

³⁷ A. GIGLI, op. cit., p. 41.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ D.U. GALETTA, op. cit., p. 779.

⁴⁰ Soprattutto nel caso di provvedimenti ampliatori legittimi, la legge disciplina espressamente i casi in cui l’amministrazione può procedere al ritiro. Tuttavia, si evidenzia come le formule utilizzate siano particolarmente elastiche, pertanto, il rischio che potrebbe verificarsi in concreto è quello di lasciare troppo margine di valutazione all’autorità pubblica nella qualificazione. A. GIGLI, op. cit., p.42-43.

Inoltre, la previsione di una compensazione di tipo economico è prevista dall'art.21 *quinqüies* della L. n. 241 del 1990 esclusivamente per le ipotesi di revoca.

Da ultimo, come già anticipato, mentre nel nostro ordinamento la certezza, su cui parte della dottrina fonda(va) l'affidamento, è declinata nell'accezione della stabilità o prevedibilità degli effetti; per l'elaborazione e la giurisprudenza tedesca, il principio di certezza si concretizza nel concetto di sicurezza giuridica⁴¹.

1.3 Affidamento e atti legislativi

La giurisprudenza tedesca ha influenzato quella europea anche sotto il profilo della tutela dell'affidamento nella dimensione legislativa⁴².

In particolare, l'esigenza di protezione dell'affidamento si manifesta nelle ipotesi in cui venga emanata una norma di carattere retroattivo.

In tali circostanze, la Corte di giustizia, recuperando tali elaborazioni, distingue tra retroattività propria e retroattività impropria⁴³.

Una norma successiva che modifichi *in peius* una posizione giuridica già consolidata da interventi precedenti potrebbe infatti provocare una lesione alla stessa e porre problemi di legittimità.

Nel primo caso (retroattività propria), effettivamente la nuova norma interviene riconnettendo effetti giuridici a fattispecie esauritesi nel passato e, pertanto, può essere lesiva dell'affidamento del cittadino sulla stabilità degli effetti della normativa previgente.

Nel secondo caso, invece, la modifica dispone solo per il futuro (la norma non è formalmente retroattiva), ma incide su fattispecie di durata non

⁴¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p. 35 e ss.

⁴² In questa sede ci si limiterà solo a svolgere alcuni cenni alla dimensione legislativa.

⁴³ *Ex multis*, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p. 22 e ss., G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, editoriale scientifica, 2023, p. 58 e ss. A. GIURICKOVIC DATO, *Sul principio del legittimo affidamento*, p. 348 e ss.

ancora concluse, pertanto, ugualmente, potrebbe violare l'affidamento sull'assetto normativo precedente.

La Corte di giustizia, nelle ipotesi di retroattività *tout court*, ha stabilito che “il principio della tutela del legittimo affidamento trova applicazione ed osta a che una modifica della normativa nazionale privi un soggetto passivo, con effetto retroattivo, del diritto, di cui questi godeva prima della detta modifica⁴⁴”. Quindi, in linea generale, la tutela dell'affidamento ha carattere assoluto e le ipotesi in cui si deroga al generale principio di non retroattività delle norme hanno carattere eccezionale: “sono ammissibili ove sussista un interesse generale e sempre che il legittimo affidamento dei destinatari della norma possa dirsi rispettato⁴⁵”.

Quanto alle ipotesi di retroattività solo apparente, la tutela dell'affidamento perde la valenza assoluta e richiede dei requisiti più stringenti.

L'affidamento, in questo senso, è inteso come prevedibilità⁴⁶ dell'intervento sfavorevole successivo e non come pretesa alla stabilità degli effetti: la facoltà di modificare le norme sulla base dell'andamento (e) del contesto politico, sociale ed economico è infatti elemento fisiologico del potere discrezionale dell'autorità pubblica⁴⁷ e dell'esercizio stesso dell'attività legislativa.

Pertanto, “un operatore economico non può riporre affidamento nel fatto che non interverrà assolutamente alcuna modifica legislativa, bensì può

⁴⁴ Sentenza C. giust. 11 luglio 2002, *Marks & Spencer plc contro Commissioners of Customs & Excise*, C-62/00, punto 46.

⁴⁵ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 59.

⁴⁶ G. MANNUCCI, *Buona fede e affidamento nel codice dei contratti pubblici: mito o realtà?* in *Diritto amministrativo*, 3/2025 p. 887-912, in particolare, 894 in cui l'A. afferma che “prevedibilità e stabilità sono caratteristiche coesistenti dell'agire pubblico, perché servono a giustificare l'interferenza dei pubblici poteri con l'esercizio quotidiano di libertà e diritti individuali. Ne discende una relazione tra governanti e governati tanto a livello legislativo, quanto a livello amministrativo, la cui sintesi è rintracciata proprio nel concetto di affidamento”.

⁴⁷ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p.59.

unicamente mettere in discussione le modalità di applicazione di una modifica siffatta⁴⁸”.

La facoltà di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è accordata a qualsiasi operatore economico nei confronti del quale un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, “qualora un operatore economico prudente e avveduto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato⁴⁹”. In tal senso, “gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente, che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali.⁵⁰”.

⁴⁸ Sentenza C. giust. 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd contro Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*, C-322/16 punto 47. Ma anche Sentenza C. giust. 11 giugno 2015, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft e a. contro Magyar Állam*, C-98/14 in cui la Corte sostiene che “il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, segnatamente, che le norme di diritto siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare quando possono avere sugli individui e sulle imprese conseguenze sfavorevoli (v., in tal senso, sentenze *VEMW* e a., C-17/03, EU:C:2005:362, punto 80 e giurisprudenza ivi citata; *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, punto 69, e *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, C-362/12, EU:C:2013:834, punto 44)” punto 77. Inoltre afferma che “un operatore economico non può basare il suo affidamento sulla mancanza totale di modifiche normative, ma unicamente mettere in questione le modalità applicative di siffatte modifiche (v., in tal senso, sentenza *Gemeente Leusden e Holin Groep*, C-487/01 e C-7/02, EU:C:2004:263, punto 81)” punto 78. Infine, al punto 79, ricorda che “il principio di certezza del diritto non impone la mancanza di modifiche legislative, ma richiede piuttosto che il legislatore nazionale tenga conto delle situazioni specifiche degli operatori economici e preveda, eventualmente, taluni adeguamenti all'applicazione delle nuove norme giuridiche (sentenze *VEMW* e a., C-17/03, EU:C:2005:362, punto 81, nonché *Plantanol*, C-201/08, EU:C:2009:539, punto 49; v., in tal senso, sentenza *Gemeente Leusden e Holin Groep*, C-487/01 e C-7/02, EU:C:2004:263, punto 70)”.

⁴⁹ Sentenze C. giust. 22 settembre 2022, *Admiral Gaming Network Srl e a. contro Agenzia delle Dogane e dei Monopoli e a.*, cause riunite da C-475/20 a C-482/20, punti 62-64.

⁵⁰ Sentenza C. giust. 15 aprile 2021, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.*, C-798/2018 e C-799/18, punto 42 nonché la giurisprudenza ivi citata.

Di conseguenza, qualora intervenga una modifica peggiorativa della situazione consolidata, il destinatario può soltanto contestare le modalità di tali mutamenti⁵¹.

Stando a queste indicazioni della Corte, il principio di affidamento potrebbe prevalere sulle istanze di modifica soltanto laddove quest'ultime non fossero prevedibili.

Tuttavia, l'onere di diligenza richiesto è piuttosto stringente: la prevedibilità non è riferita al semplice cittadino, ma all' "operatore economico (di settore) prudente e accorto" (*prudent trader*), valutata sulla base degli "ambienti professionali interessati"⁵².

In definitiva, soltanto nel caso in cui la modifica non sia prevedibile dall'operatore che esercita la propria attività in quel determinato settore professionale, la Corte accorda una qualche forma di tutela all'affidamento.

In particolare, in queste ipotesi di retroattività impropria, "la garanzia che i giudici europei ricavano dall'affidamento si collega essenzialmente alla previsione di regimi transitori⁵³ o di misure risarcitorie a vantaggio delle posizioni consolidate incise dalla nuova disciplina⁵⁴", ad esclusione dei casi i cui sussista un interesse pubblico inderogabile.

⁵¹ Sentenza C. giust. 11 giugno 2015, *Berlington Hungary e a.*, C-98/14, punto 78 nonché la giurisprudenza ivi citata.

⁵² Il requisito della conoscibilità della modifica non è riferito "in via generale, con riferimento al cittadino medio, ma è contestualizzato nell'ambito in cui la modifica è destinata a produrre effetti, e cioè è relativo all'«ambiente professionale interessato»" A. GIURICKOVIC DATO, *Sul principio del legittimo affidamento*, p. 329. Vedi anche, A. TRAVI, *Considerazioni su alcuni sviluppi della tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Jus* 3/2024, pp. 397-411, in particolare, p. 403.

Sulla figura dell'operatore economico prudente e accorto e sull'elemento soggettivo richiesto per la tutelabilità dell'affidamento si tornerà nel proseguo del Capitolo.

⁵³ Sentenza C. giust. 11 giugno 2015, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft e a./Magyar Állam*, C-98/14, punto 85 "quando il legislatore nazionale revoca autorizzazioni che consentono ai loro titolari di esercitare un'attività economica, spetta al medesimo prevedere, a beneficio di tali titolari, un periodo transitorio di durata sufficiente per consentire loro di adeguarsi o un sistema di adeguato risarcimento" in cui si richiama la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Corte Edu, 13 gennaio 2015, *Vékony c. Ungheria* n. 65681/13, §§ 34 e 35.

⁵⁴ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 60.

Un secondo requisito individuato dalla Corte affinché possa configurarsi un affidamento meritevole di tutela è rappresentato dal criterio delle assicurazioni⁵⁵.

In accordo con tale orientamento, la tutela del legittimo affidamento “è offerta ad ogni persona nei cui confronti un’istituzione abbia fatto sorgere fondate aspettative. Costituiscono a tal proposito assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate, eventuali informazioni precise, incondizionate e concordanti che provengano da fonti autorizzate ed affidabili⁵⁶”.

In questo senso, la presenza di assicurazioni fornite da pubbliche autorità (sia nazionali, che comunitarie) è considerata quale elemento alla stregua del quale valutare la prevedibilità di un determinato intervento normativo (anche sfavorevole) e, conseguentemente, la legittimità dello stesso⁵⁷.

La Corte di giustizia, tuttavia, nel richiamare il criterio delle assicurazioni, in un primo momento⁵⁸ non sembra distinguere tra sfera legislativa e sfera amministrativa⁵⁹ e ciò, a ben vedere, potrebbe dar luogo ad alcune criticità.

In particolare, infatti, per quanto attiene all’attività legislativa, ancorare la valutazione in ordine alla legittimità di un provvedimento normativo e

⁵⁵ Sul criterio delle assicurazioni si tornerà nel proseguo del capitolo.

⁵⁶ Continua: “per contro, qualora una persona prudente ed avveduta sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento dell'Unione idoneo a ledere i suoi interessi, essa non può invocare il beneficio del principio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato”. Sentenza C. giust. 19 settembre 2024, *Giacomo Santini e a. contro Parlamento europeo*, C-198/2021, punti 103-104. Vedi, in tal senso, sentenza del 23 gennaio 2019, *Deza/ECHA*, C-419/17 P, punti 69 e 70 nonché giurisprudenza ivi citata). Vedi anche sentenza C. giust. 8 marzo 2022, *Commissione europea / Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, C-213/2019, punto 167; sentenze del 19 luglio 2016, *Kotnik e a.*, C-526/14, punto 62, nonché del 16 luglio 2020, *ADR Center/Commissione*, C-584/17, punto 75 e la giurisprudenza ivi citata.

⁵⁷ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 61.

⁵⁸ *Ivi*, cit., p. 64.

⁵⁹ Per quanto attiene il rapporto con l’azione amministrativa, la questione si pone in termini differenti e sarà oggetto d’analisi dei prossimi paragrafi.

dunque la tutelabilità dell'affidamento alla presenza indici di tipo comportamentale mal si concilia con la natura stessa della dimensione legislativa.

Da un lato, infatti, certamente le istituzioni e le autorità politiche possono fornire rassicurazioni o promesse circa una determinata questione o un certo assetto di interessi, ma, qualora poi queste vengano disattese, a venire in gioco è esclusivamente la responsabilità politica nei confronti dei consociati (o meglio, forse, dei propri elettori), piuttosto che il controllo sulla validità/legittimità della norma, rientrando tali questioni nel merito politico, per sua natura insindacabile.

Ciò che è possibile sindacare è, se mai, la proporzionalità o la ragionevolezza di un determinato provvedimento legislativo.

Inoltre, guardando alle concrete modalità operative del legislatore, risulta difficile individuare forme di regolazione “di tipo fattuale” o informale, che non si traducano in veri e propri atti formali e, pertanto, il richiamo alle rassicurazioni si rivela quasi inutile nella dimensione legislativa.

Le caratteristiche di generalità e astrattezza degli atti normativi non consentono di individuare una relazione giuridica fra legislatore e destinatari delle norme; pertanto, il requisito della prevedibilità finisce per atteggiarsi “a mero criterio oggettivo”⁶⁰.

I termini della questione mutano laddove l'operatore economico si trovi quale destinatario di un atto amministrativo nel rapporto che si instaura con l'amministrazione.

2 Affidamento e atti amministrativi

Uno degli elementi di maggior distacco dalla dimensione legislativa risiede nel fatto che, nell'esercizio dell'azione amministrativa, si viene a configurare una vera e propria relazione giuridica tra pubblici poteri e destinatari

⁶⁰ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 62-63.

dei provvedimenti, nel cui svolgimento – come si è sottolineato nel capitolo precedente – sorgono per le parti precisi obblighi comportamentali da osservare a pena di responsabilità.

Anche per il diritto sovranazionale, l'ambito in cui emergono in modo preponderante le istanze di tutela dell'affidamento è rappresentato dai provvedimenti di autotutela adottati dalle amministrazioni.

In tali circostanze, l'affidamento, benché, come anticipato, rappresenti un principio generale dell'ordinamento eurounitario, non è sottratto al confronto e al bilanciamento con il principio di legalità.

Nondimeno, da un'analisi della giurisprudenza europea, si può evincere che i presupposti necessari (e sufficienti) affinché possa configurarsi un affidamento meritevole di tutela differiscono in parte da quelli domestici⁶¹.

2.1 Le condizioni per un affidamento tutelabile di fronte alla “revoca” degli atti amministrativi

In un primo momento, come anticipato, la Corte non distingueva tra sfera legislativa e sfera amministrativa e – in accordo con l'approccio tedesco e francese – attribuiva rilevanza per la tutela dell'affidamento, da un lato, all'elemento temporale (il decorso del tempo quale limite al potere di ritiro) e, dall'altro, “alla ponderazione degli interessi”⁶².

⁶¹ Anche in questa sede, l'attenzione sarà limitata alle ipotesi di “revoca” degli atti amministrativi, per usare la terminologia europea, che corrispondono ai casi rimozione del provvedimento con effetti *ex tunc* (come l'annullamento d'ufficio disciplinato dall'art. 21 *nonies* della L. n. 241 del 1990) e non anche alle ipotesi di rimozione *ex nunc*.

⁶² D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto*, cit., p. 787-788, citata da G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 64. L'A. ricorda come anche i giudici europei effettuino una ponderazione degli interessi rilevanti così come accade da parte dei giudici amministrativi nazionali. Tuttavia, le due modalità differiscono. La valutazione europea, come statuito a partire dalla sentenza C. giust. 17 aprile 1997, *Henri de Comptre contro Parlamento europeo*, C-90/95 in particolare punti 35 e ss., si svolge in due passaggi. Il primo è volto a individuare la presenza di un affidamento effettivamente meritevole di tutela, inteso quale “posizione giuridica a connotazione soggettiva”, con anche un'indagine sullo stato soggettivo del destinatario. Il secondo concerne proprio la ponderazione degli interessi, una volta accertata positivamente l'esistenza dell'affidamento. In questa fase trova applicazione il principio di proporzionalità.

Progressivamente, i giudici hanno iniziato a differenziare le due ipotesi, affinando e precisando i criteri per garantire una tutela effettiva di fronte al potere di riesame dell'autorità amministrativa.

In particolare, l'attenzione si incentra sulla situazione giuridica del destinatario, in modo più marcato rispetto a quanto avviene nel nostro ordinamento: a seconda del contenuto favorevole⁶³ o sfavorevole del provvedimento annullato, variano i requisiti richiesti per il ritiro e la tutela che viene accordata all'affidamento⁶⁴.

Inoltre, nell'ambito di questa di distinzione, come si è evidenziato all'inizio del capitolo, un ruolo non secondario è attribuito dalla Corte al carattere di legittimità o meno del provvedimento.

2.1.1 Affidamento a fronte di atti amministrativi favorevoli

Qualora il provvedimento oggetto di riesame sia favorevole e anche legittimo, in linea di principio, è irretrattabile per l'amministrazione che l'ha emanato⁶⁵. In questo senso, alla posizione di affidamento al mantenimento degli effetti dell'atto è attribuita una valenza pressoché assoluta.

Le uniche eccezioni in cui i giudici europei ammettono la possibilità di eliminare un atto con tali caratteristiche sono rappresentate dalle ipotesi in cui vi sia “il consenso dell'interessato al ritiro, il mancato avveramento della condizione di efficacia, il cambio di *policy* e l'inadempimento da parte del privato di un obbligo specificato nel provvedimento⁶⁶”.

⁶³Secondo la distinzione già delineata nel primo Capitolo, sono favorevoli quei provvedimenti che attribuiscono agli interessati vantaggi, facoltà o diritti.

⁶⁴ C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela*, cit., p. 1549.

⁶⁵ Fin dalla sentenza *Algera* del 1957 (vedi *supra*), la Corte ha subordinato infatti la possibilità di revocare un atto amministrativo favorevole alla sua illegittimità. Vedi anche sentenza C. giust. 13 luglio 1965 *Lemmerz-Werke GmbH contro Alta Autorità della CECA*, C-111/63 in cui dice che “la legittimità della revoca con effetto retroattivo di una decisione che attribuisce dei vantaggi al destinatario, e innanzitutto subordinata all' illegittimità della decisione revocata”.

⁶⁶ C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela*, cit., p. 1550.

I termini della questione cambiano nel caso in cui il provvedimento favorevole sia illegittimo: qui emerge la tensione fra principio di legalità e principio del legittimo affidamento.

In tali circostanze, secondo una giurisprudenza ormai consolidata, per comprendere quale principio risulti prevalente, è necessario compiere un bilanciamento caso per caso tra l'interesse pubblico alla rimozione e gli interessi privati⁶⁷.

Nell'ambito di questa ponderazione, ai fini di verificare se la revoca violi o meno l'affidamento rilevano tre elementi: la ragionevolezza del termine, la riconoscibilità del vizio e la rilevanza dell'affidamento.

⁶⁷ Tra le numerose pronunce sul tema, si possono ricordare le sentenze C. giust. 22 marzo 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, cause riunite 42 e 49/59 in cui si afferma che “la decisione che ha attribuito al destinatario dei diritti soggettivi o dei vantaggi analoghi, qualora sia legittima non può essere revocata con effetto retroattivo. Se viceversa essa è illegittima, la revoca con effetto retroattivo è ammessa quando, tenuto conto delle circostanze, l'interesse pubblico consistente nel far salvo il principio della legittimità prevale sull'interesse dei beneficiari al mantenimento di una situazione che essi avevano il diritto di ritenere stabile, il che può avvenire ad esempio quando la decisione illegittima ha prodotto effetti dannosi per i concorrenti dei beneficiari; oppure la decisione illegittima è stata adottata in base ad inesatte od incomplete indicazioni dei beneficiari. La valutazione della rispettiva importanza degli interessi contrapposti e, di conseguenza, la decisione di revocare o meno con effetto retroattivo il provvedimento viziato spettano in primo luogo all'organo che ha emanato il provvedimento stesso.” Nella sentenza C. giust. 3 marzo 1982, *Alpha Steel contro Commissione europea*, C-14/81, la Corte afferma che il provvedimento illegittimo è annullabile qualora sia stato impugnato dal destinatario perché in questo caso non sussiste nessun affidamento.

Sotto il primo profilo, l'esercizio del potere di riesame deve avvenire entro un termine ragionevole⁶⁸ e il carattere della ragionevolezza deve essere valutato "alla luce del complesso di circostanze del caso di specie"⁶⁹.

In questo senso, riemerge l'idea del fattore temporale quale elemento che consolida le posizioni acquisite.

Quanto al requisito della riconoscibilità del vizio, la giurisprudenza europea richiama due parametri: da un lato si valuta la legittimità dell'atto e, dall'altro, la diligenza del destinatario⁷⁰.

Si è già detto come tendenzialmente la facoltà di revoca è esclusa quando l'atto favorevole sia anche legittimo.

Al contrario, se il provvedimento è illegittimo si ammette la facoltà di ritiro: la nozione di illegittimità, tuttavia, è stata nel tempo notevolmente ampliata dalla Corte anche al di là delle ipotesi di autotutela⁷¹.

In particolare, i giudici europei hanno escluso che l'affidamento possa fondarsi su una prassi irregolare⁷², così come sulla mancata contestazione della violazione⁷³ da parte di un'istituzione europea⁷⁴.

⁶⁸ A partire dalla sentenza *De Compte* (vedi *supra*), "in via preliminare si deve ricordare che la revoca retroattiva di un atto amministrativo favorevole è generalmente soggetta a condizioni molto rigorose (v. sentenza 9 marzo 1978, causa 54/77, *Herpels/Commissione*, Racc. pag. 585, punto 38). Secondo una giurisprudenza costante, se bisogna riconoscere ad ogni istituzione comunitaria che accerta che un atto da essa appena emanato è viziato da illegittimità il diritto di revocarlo con effetto retroattivo entro un termine ragionevole, tale diritto trova un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto, che ha potuto far affidamento nella legittimità di quest'ultimo (sentenze 3 marzo 1982, causa 14/81, *Alpha Steel/Commissione*, Racc. pag. 749, punti 10-12; 26 febbraio 1987, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissione*, Racc. pag. 1005, punti 12-17; 20 giugno 1991, causa C-248/89, *Cargill/Commissione*, Racc. pag. I-2987, punto 20, e causa C-365/89, *Cargill*, Racc. pag. I-3045, punto 18)".

⁶⁹ Vedi Sentenza T. Ue, 12 febbraio 2020, *ZF contro Commissione*, T-605/18 citata da G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 67.

⁷⁰ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 65.

⁷¹ *Ivi*, cit. p. 66.

⁷² *Ex multis*, Sentenza C. giust. 30 settembre 2021, *Corte dei conti europea contro Karel Pinxten*, C-130/19, punto 342. Cfr. A. MASSERA, *I principi di diritto comunitario*, cit. p. 51.

⁷³ Sentenza C. giust. 8 marzo 2022, *Commissione europea contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, C-213/19.

⁷⁴ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit. p. 66 che richiama la giurisprudenza ora citata.

Altresì, la Corte nega che un affidamento legittimo possa configurarsi di fronte ad una specifica disposizione contraria di un testo giuridico dell'Unione, nemmeno quando un altro atto giuridico nazionale vi si opponga⁷⁵.

Ugualmente non può sorgere sulla base di un'erronea applicazione⁷⁶ di una norma (indipendente dal fatto che quella violazione sia o meno manifesta); né qualora l'illegittimità sia “stata determinata dallo stesso beneficiario”⁷⁷.

Il rigore assegnato dai giudici europei al principio di legalità è solo in parte attenuato dal secondo elemento che viene valutato ai fini del requisito della riconoscibilità del vizio⁷⁸, ossia la diligenza del destinatario o, meglio, dell'operatore economico.

⁷⁵ *Ibidem*, sentenza C. giust. 5 marzo 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, punto 14 e giurisprudenza ivi citata. Si può menzionare anche la sentenza C. giust. 14 luglio 2016, *Promoimpresa srl contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e Regione Lombardia e Mario Melis e a. contre Comune di Loiri Porto San Paolo e Provincia di Olbia Tempio*, cause riunite C-458/14 e C-67/15 in cui la Corte di giustizia ha sostanzialmente dichiarato contrario al diritto europeo (in particolare agli artt. 49, 56, e 106 del TFUE e all'art.12 della direttiva 2006/123/CE) il sistema di proroghe delle concessioni balneari delineato dal legislatore italiano. In particolare, i giudici europei escludono che i concessionari possano invocare il principio del legittimo affidamento sulla stabilità di una normativa nazionale contrastante con il diritto sovranazionale, punti 52-57. Tuttalpiù, può configurarsi un affidamento “caso per caso”, sulla base di un appoggio sostanzialista. Fra le più recenti si veda anche sentenza C. giust. 9 ottobre 2025, *On Air Media Professionals SRL contro Agentia pentru Întreprinderi Mici si Mijlocii Iasi, e Different Media SRL contro Ministerul Antreprenoriatului si Turismului - Agentia pentru Întreprinderi Mici si Mijlocii, Atragere de Investitii si Promovare a Exportului Iasi*, cause riunite C-416 e 417/24 punto 61, “pertanto, una prassi di uno Stato membro non conforme alla normativa precisa dell'Unione non può dar luogo ad un legittimo affidamento in capo a un soggetto dell'ordinamento che benefici dalla situazione così creata. Si vedano inoltre sul punto, le sentenze del 15 dicembre 1982, *Maizena*, C-5/82, punto 22, nonché del 19 dicembre 2024, *Kaduna*, C-244/24 e C-290/24, punto 13.

⁷⁶ *Ibidem*, sentenza C. giust. 11 dicembre 1980 *Lucchini*, C-1252/79 punti 8 e 9 delle motivazioni.

⁷⁷ *Ibidem*, sentenza Tribunale Ue, 5 settembre 2014, *Jacob*, T-471/11, punti 90-92.

⁷⁸ Nella sentenza C. giust. 26 febbraio 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo contro Commissione*, C-15/85, la Corte riconobbe prevalenza all'affidamento in quanto il vizio non era riconoscibile.

Il criterio della riconoscibilità, in questo senso, va rapportato in concreto al destinatario dell'atto: "se costui, per le sue specifiche conoscenze, è in grado di avvedersi dell'illegittimità, non può invocare nessun affidamento"⁷⁹ e "in concreto riesce difficile comprendere quando la illegittimità si sottragga alla capacità di previsione dell'operatore diligente"⁸⁰.

Altresì, se il destinatario dell'atto, in base alle sue competenze professionali o al suo *background*, poteva ragionevolmente prevedere l'adozione di un provvedimento comunitario lesivo dei suoi interessi, non si può configurare un affidamento meritevole di tutela⁸¹.

In accordo con tale orientamento, "la tutela dell'affidamento sembra correlata alla 'imprevedibilità' del mutamento disposto dall'amministrazione"⁸²: soltanto qualora l'intervento sia imprevedibile, potrebbe allora configurarsi un affidamento legittimo in capo all'operatore del settore.

Si richiede, pertanto, un grado di diligenza professionale piuttosto elevato che restringe ancor di più le ipotesi di affidamento meritevole di tutela: "sul piano applicativo, la giurisprudenza europea è costante nell'affermare il

⁷⁹ C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela*, cit., p. 1552.

⁸⁰ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 68 e giurisprudenza ivi citata.

⁸¹ Cfr. Tribunale Ue 15 novembre 2018, causa T-208/10, *Deutsche Telekom*, punto 69: "Per giurisprudenza costante solo un «legittimo» affidamento può essere tutelato. Più nello specifico, l'affidamento è tutelato solo se l'interessato poteva ragionevolmente confidare nel mantenimento o nella stabilità della situazione creata (conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa *Commissione/Koninklijke Friesland Campina*, C-519/07, punto 78). Per procedere alla valutazione della legittimità dell'affidamento invocato, il giudice dell'Unione si basa su un operatore ragionevolmente prudente, accorto e diligente (v. sentenza Tribunale Ue del 16 ottobre 2014, *Alcoa Trasformazioni/Commissione*, T-177/10, punti 60 e 72 e giurisprudenza ivi citata). Esso tiene altresì conto del settore o dell'oggetto del legittimo affidamento invocato." Sentenza C. giust. 15 aprile 2021, in cause riunite C-798/18 e C-799/18. (Giurisprudenza citata da A. TRAVI, *Considerazioni*, cit., p.403).

⁸² A. TRAVI, *Considerazioni*, cit. p. 403-404. L'A. ricorda come in questa direzione si collochi anche il Nuovo codice degli appalti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, art. 5 terzo comma in cui si esclude la tutela dell'affidamento "se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti".

primato della legalità, se necessario anche soppiantando il criterio della diligenza con una presunzione assoluta⁸³”.

Inoltre, la Corte esclude la configurabilità dell'affidamento qualora il beneficiario abbia indotto l'amministrazione in errore mediante indicazioni false e incomplete⁸⁴.

3 La rilevanza dei comportamenti della P.A. per un affidamento tutelabile anche in assenza di provvedimento: il concetto di “rassicurazione”

Il terzo elemento necessario affinché possa riconoscersi un affidamento effettivamente tutelabile è rappresentato dal requisito della rilevanza⁸⁵ dell'affidamento.

La giurisprudenza europea, secondo un orientamento divenuto costante, afferma che, in molti ambiti (in primis, gli aiuti di stato), “la mera esistenza di una norma non basta a fondare l'affidamento⁸⁶”, ma si richiede che

⁸³ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 68.

⁸⁴ C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela*, cit., p. 1552-1553. A. MASSERA, *I principi di diritto comunitario*, cit., p. 51. Vedi sentenza C. giust. 24 gennaio 2002, *Conservé Italia Soc. Coop. arl contro Commissione delle Comunità europee*, C-500/99 P. punto 90. “Ad ogni modo, risulta dalla giurisprudenza della Corte che l'amministrazione può revocare con effetto retroattivo un atto amministrativo favorevole viziato da illegittimità, a condizione che non venga violato né il principio della certezza del diritto, né quello della tutela del legittimo affidamento (sentenze 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e da 3/57 a 7/57, *Algera e a./Assemblea comune della CECA*, Racc. pagg. 81, 113; 3 marzo 1982, causa 14/81, *Alpha Steel/Commissione*, Racc. pag. 749, punti 10-12; 26 febbraio 1987, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissione*, Racc. pag. 1005, punti 12-17, e 17 aprile 1997, causa C-90/95 P, *De Compte/Parlamento*, Racc. pag. I-1999, punto 35). Tale possibilità, riconosciuta allorché il beneficiario dell'atto non ha contribuito alla illegittimità di quest'ultimo, sussiste a maggior ragione nel caso in cui, come nella fattispecie, l'illegittimità sia stata provocata dal beneficiario stesso”. In linea con questo orientamento si può collocare il comma 2 bis dell'art. 21 *nonies* della L. n.241 del 1990, introdotto con il Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77.

⁸⁵ C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela*, cit. p.1553; G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit. p. 69 e ss. e *Buona fede e affidamento nel codice dei contratti pubblici*, cit. p. 907.

⁸⁶ L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriali scientifica, 2005, p. 177. “Dall'esame di alcune decisioni rese dal

l'amministrazione abbia fornito al destinatario precise rassicurazioni, ovvero che abbia tenuto comportamenti idonei a generare aspettative fondate⁸⁷.

In questo senso, i giudici europei, nonostante il richiamo costante alla certezza del diritto e alla centralità accordata al principio di legalità, assumono un approccio di tipo sostanzialista, attribuendo rilievo ad un elemento ulteriore ai fini della configurabilità di un affidamento che possa definirsi legittimo: il comportamento tenuto dall'amministrazione⁸⁸ nel rapporto con il destinatario del provvedimento.

Anche nella dimensione procedimentale nazionale, in accordo con i recenti interventi normativi⁸⁹, la condotta complessiva delle parti del rapporto amministrativo ha acquisito un valore crescente per l'individuazione dell'affidamento⁹⁰ meritevole di tutela.

giudice comunitario emerge poi come il comportamento rilevi nella prospettiva inversa" ossia dal lato dei pubblici poteri.

⁸⁷ *Ex multis*, a titolo esemplificativo, si veda sentenza Tribunale Ue 19 marzo 2003, *Innova Privat-Akademie GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, T-273/01, punto 26: "si deve ricordare inoltre che, secondo una giurisprudenza costante, il diritto di invocare la tutela del legittimo affidamento, che rappresenta uno dei principi fondamentali della Comunità, si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione comunitaria, avendogli fornito assicurazioni precise, ha suscitato in lui aspettative fondate. Rappresentano assicurazioni di tal genere, a prescindere dalla forma in cui siano state comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti, che derivino da fonti autorizzate ed affidabili (v., segnatamente, sentenza 21 luglio 1998, cause riunite T-66/96 e T-221/97, *Mellet/Corte di giustizia*, Racc.PI pagg. I-A-449 e II-1305, punti 104 e 107, e giurisprudenza ivi citata). Per contro, nessuno può invocare una violazione di tale principio in mancanza di assicurazioni precise fornitegli dall'amministrazione (sentenza 18 gennaio 2000, causa T-290/97, *Mehibas Dordtselaan/Commissione*, Racc. pag. II-15, punto 59)". Per la Corte di giustizia, tra le tante, sentenze del 19 luglio 2016, *Kotnik e a.*, C-526/14, punto 62, sentenza del 16 luglio 2020, *ADR Center/Commissione*, C-584/17 P, EU:C:2020:576, punto 75 e la giurisprudenza ivi citata. Sentenza 8 marzo 2022, C-213/19, punto 167. Sentenza C-416 e 417/24, punto 60.

⁸⁸ Certamente, come emerge dall'analisi della giurisprudenza ora citata, anche il comportamento del destinatario ha una valenza essenziale per individuare un affidamento che sia effettivamente meritevole di tutela.

⁸⁹ Si fa riferimento al nuovo comma 2 bis dell'art.1 della L. n. 241 del 1990, all'art. 21 *nonies* comma 2 bis sempre della L. n. 241 del 1990.

⁹⁰ Nel Capitolo 1 si è dato conto dei percorsi dell'elaborazione scientifica nella individuazione dell'affidamento meritevole di tutela.

In questo senso, un ruolo fondamentale è svolto dalla bipartizione tra le due figure di affidamento: l'affidamento legittimo (inteso quale limite all'esercizio dei poteri di secondo grado e tutelabile attraverso una corretta ponderazione degli interessi in gioco) e l'affidamento incolpevole (figura autonoma di affidamento e tutelabile allorquando la fiducia sia delusa per aver confidato senza colpa nel comportamento altrui ed aver agito di conseguenza).

Nondimeno, nella prospettiva sovranazionale, la presenza delle “rassicurazioni” dell'amministrazione, quale requisito indefettibile *ulteriore* ai fini della configurabilità dell'affidamento legittimo, potrebbe indurre a ritenere la disciplina europea più stringente e restrittiva.

A ben vedere, tuttavia, il concetto di rassicurazione ha una duplice valenza.

Da un lato, infatti, – come si è appena affermato – emerge quale requisito “in senso negativo”, ossia quale elemento in assenza del quale non si configura un affidamento meritevole di tutela.

Dall'altro, assume una valenza “positiva”: in molte ipotesi, ai fini della configurabilità dell'affidamento, non è necessaria l'esistenza di un provvedimento amministrativo, ma è sufficiente che l'amministrazione abbia speso la propria discrezionalità “rassicurando” il destinatario su un determinato esito o risultato a lui favorevole.

L'affidamento, in questo senso, si qualifica come “a-provvedimentale”, collocandosi in una prospettiva che trascende dalla presenza di un atto formale, superando “l'atto centrismo” nazionale.

3.1 I caratteri costitutivi delle rassicurazioni

L'assegnazione di autonomo rilievo ai comportamenti dell'amministrazione non significa però un automatico riconoscimento di idoneità a fondare un affidamento rilevante a qualsivoglia contatto informale fra amministrazione e privato.

Una delle maggiori criticità della nozione di assicurazioni è infatti rappresentata dal fatto che si tratta di un concetto elastico e, conseguentemente, “vincolare” l’amministrazione a non disattendere i propri comportamenti precedentemente manifestati – indipendentemente dalla consistenza e dalla natura degli stessi – potrebbe risultare eccessivamente restrittivo per l’amministrazione.

Si correrebbe il rischio di dare adito ad atteggiamenti di “burocrazia difensiva” o di eliminare totalmente la fase dialogica e collaborativa con il destinatario del provvedimento per il timore spendere la propria discrezionalità in modo non appropriato.

I giudici della Corte di giustizia, per scongiurare siffatte eventualità, hanno circoscritto l’ambito dei comportamenti rilevanti, delineando alcune condizioni che le assicurazioni devono possedere affinché possano costituire il fondamento di una pretesa basata sull’affidamento⁹¹ “a-provvedimentale”.

In primo luogo, si deve trattare di “assicurazioni o comportamenti conformi⁹² a norme applicabili”⁹³. In questo senso, “il principio della tutela del legittimo affidamento non può essere invocato avverso una precisa disposizione di un atto normativo dell’Unione e il comportamento di un’autorità nazionale incaricata di applicare il diritto dell’Unione, che sia in contrasto con quest’ultimo, non può ingenerare, in capo a un individuo, un legittimo affidamento a beneficiare di un trattamento contrario al diritto dell’Unione”⁹⁴.

⁹¹ G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit. p. 69 e *Buona fede e affidamento*, cit., p. 907.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ex multis*, si veda Sentenza C. giust. del 19 dicembre 2024. *P e a. contro Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid [Kaduna]*, cause riunite C-244/24 e C-290/24, sentenza C. giust. sentenza C. giust. del 7 agosto 2018, *Ministru kabinets*, C-120/17, punto 51, sentenza del 10 aprile 1993, *Lageder e a.*, da C-31/91 a C-44/91, punto 35; sentenza C. giust. del 20 giugno 2013, *Agroferm*, C-568/11, punto 52, e del 20 dicembre 2017, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse*, C-516/16, punto 69. Si tratta di una giurisprudenza costante della Corte, che opera con continui rimandi.

⁹⁴ Sentenza *Kaduna*, punti 131-133. Continua: “una prassi di uno Stato membro non conforme alla normativa dell’Unione non può, infatti, dar luogo ad un legittimo affidamento in capo a un soggetto dell’ordinamento che benefici dalla situazione così creata (v., in tal senso, sentenze del 14 giugno 2012, *Association nationale d’assistance aux frontières*

In materia di aiuti di stato, in cui l’orientamento della Corte è particolarmente stringente, “si è escluso che l’affidamento possa formarsi a fronte di un provvedimento favorevole ma illegittimo⁹⁵”.

Come si è anticipato, dunque, l’ordinamento sovranazionale non tollera l’esistenza di un affidamento legittimo in contrasto con il principio di legalità: quest’ultimo risulta prevalente.

In secondo luogo⁹⁶, le assicurazioni devono essere “idonee a far nascere fondate aspettative al soggetto a cui si rivolgono⁹⁷”.

I giudici europei non tipizzano in termini assoluti i comportamenti che possano dar luogo a siffatte assicurazioni⁹⁸: l’approccio, ancora una volta, è di tipo casistico e concreto, non generale e astratto.

Si tratta di una valutazione che ha ad oggetto, di volta in volta, l’effettiva idoneità delle condotte dell’amministrazione a generare la fiducia nella controparte, sempre tenendo conto dell’onere di diligenza professionale di quest’ultima in base al settore di appartenenza, si veda *supra*.

pour les étrangers, C-606/10, EU:C:2012:348, punto 81, nonché del 17 novembre 2022, *Avicarvil Farms*, C-443/21, EU:C:2022:899, punti da 39 a 41, e la giurisprudenza ivi citata)”.

⁹⁵ G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit., p. 70.

⁹⁶ G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit., p. 70 e *Buona fede e affidamento*, cit., p. 907.

⁹⁷ *Ex multis*, si veda in tal senso la sentenza C. giust. del 3 luglio del 2025, *Istituto Cervantes contro Commissione europea*, C-534/23 P e C-539/23 P, punto 71; la sentenza C. giust. 19 settembre 2024, *Maria Teresa Coppo Gavazzi e a. contro Parlamento europeo*, causa C-725/20 P., punti 95-96; la sentenza C. giust. del 23 gennaio 2019, *Deza/ECHA*, C-419/17 P, punti 69 e 70; Sentenza del 14 marzo 2013, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, C-545/11, punti 24 e 25, nonché la giurisprudenza ivi citata nonché giurisprudenza ivi citata. Si vedano anche le sentenze C. giust. 11 marzo 1987, *Van den Bergh en Jurgens/Commissione*, causa C-265/85, punto 44, nonché 15 luglio 2004, *Di Lenardo e Dilexport*, cause riunite C-37/02 e C-38/02, punto 70.

⁹⁸ La Corte spesso parla di “informazioni” come sinonimo o specificazione del concetto di assicurazione. Cfr., *ex multis*, sentenza C. giust. 11 settembre 2025, *Cairo Network Srl e a. contro Ministero delle Imprese e del Made in Italy e a.*, cause riunite C-764 e 766/23; sentenza del 26 luglio 2017, *Europa Way e Persidera*, C-560/15, punto 80 e giurisprudenza ivi citata.

Più di frequente se mai, la Corte definisce “in negativo” quelle condotte che non danno luogo a rassicurazioni capaci di fondare un affidamento legittimo.

In tal senso, la giurisprudenza esclude che possano raggiungere la soglia di idoneità il semplice decorso del tempo in assenza di “qualsiasi altro elemento rilevante⁹⁹”.

Ugualmente non sono ritenute sufficienti “il silenzio di un’istituzione¹⁰⁰” o “l’esistenza di un precedente¹⁰¹” conforme.¹⁰²

Inoltre, le rassicurazioni devono essere tali “da ridurre i margini di incertezza¹⁰³, cosicché non assume alcun rilievo la mera speranza all’ottenimento di un risultato favorevole (o sfavorevole)¹⁰⁴”.

Di conseguenza, laddove residuino margini di incertezza in relazione alle scelte dell’amministrazione, non è possibile, secondo la Corte, il configurarsi di un affidamento legittimo.

⁹⁹ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., e *Buona fede e affidamento*, cit., p. 908. Si veda la giurisprudenza citata dall’A. In particolare, si veda la sentenza C. giust., 14 giugno 2016, *Marchiani c. Parlamento*, C-566/14 P, punto 79 in cui si dice che “sola circostanza che un periodo prolungato sia trascorso tra la data in cui tali somme sono state versate e la data dell’adozione della decisione controversa non è sufficiente, di per sé e in assenza di qualsiasi altro elemento rilevante, per far sorgere, in capo al ricorrente, un legittimo affidamento”.

¹⁰⁰ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 70 e *Buona fede e affidamento*, cit., p. 908, in particolare si veda la sentenza C. giust., 4 giugno 2020, *Terna contro Commissione*, C-812/18, punto 67 in cui la Corte, richiamando la sentenza del Tribunale UE, afferma che “silenzio serbato dalla Commissione in merito all’affidamento diretto di uno degli accordi quadro «non può essere considerato come un’assicurazione precisa fornita dall’amministrazione tale da creare un legittimo affidamento» rispetto agli atti della ricorrente successivi a tali accordi quadro”.

¹⁰¹ *Ibidem*, si veda la sentenza Tribunale UE, 16 gennaio 2020, *Iberpotash contro Commissione*, T-275/18 e, in particolare, punti 139-140.

¹⁰² *Ibidem*, in tal senso si dice che le rassicurazioni devono essere “esplicite”.

¹⁰³ Si veda sentenza C. giust. 16 dicembre 2010, *Kahla Thüringen Porzellan GmbH*, C-537/08, punto 66 in tema di aiuti di stato, che afferma che “poiché la possibilità di concedere aiuti a simili imprese era quanto meno incerta, tale assenza di limitazione esplicita non può dar vita a precise assicurazioni idonee a ingenerare un qualsivoglia legittimo affidamento in capo alla ricorrente”.

¹⁰⁴ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 70 e *Buona fede e affidamento*, cit., p. 908.

Qualora, al contrario, le assicurazioni possiedano un'attitudine consumativa dell'incertezza e dunque della discrezionalità, sono considerate idonee a generare un affidamento legittimo.

In questo ordine di idee, la circostanza che “le assicurazioni debbano coprire un ambito caratterizzato da incertezza¹⁰⁵” comporterebbe la possibilità di individuare l'affidamento soltanto nei casi di attività discrezionale¹⁰⁶, in cui vi è un margine di scelta per l'amministrazione.

Infine, si richiede che tali assicurazioni siano “precise, incondizionate e concordanti” e che provengano da “fonti autorizzate e affidabili”, “a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate”¹⁰⁷.

La Corte, ancora una volta, non indica in modo espresso e univoco quali comportamenti possano dar luogo a siffatte tipologie di assicurazioni; non rileva altresì la forma in cui vengono espresse.

Al contrario, l'unico requisito che risulta davvero indefettibile è rappresentato dall'idoneità sostanziale del comportamento dell'amministrazione a generare aspettative fondate.

3.2 Affidamento oltre l'esigenza di certezza del diritto nella prospettiva della Corte di giustizia

Dall'analisi della giurisprudenza europea ora citata in merito alle condizioni costitutive dell'affidamento legittimo emergono degli elementi che richiedono alcune precisazioni.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 71.

¹⁰⁷ *Ex multis*, si vedano le sentenze C. giust. del 16 dicembre 2010, *Kahla Thüringen Porzellan contro Commissione*, C-537/08 P, punto 63; C. giust. del 13 giugno 2013, *HGA e a. contro Commissione*, da C-630/11 P a C-633/11 P, EU:C:2013:387, punto 132) sentenza C. giust. 19 luglio 2016, *Kotnik e a. contro Državni zbor Republike Slovenije*, C-526/14, punto 62; C. giust. 8 marzo 2022, *Commissione europea contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, C-213/19, punto 167; C. giust. 9 ottobre 2025, *On Air Media Professionals SRL e a. contro Agentia pentru Întreprinderi Mici si Mijlocii Iasi e a.*, cause riunite C-416 e 417/24, punto 60.

Senza dubbio, come anticipato, la Corte di giustizia, fin dal *leading case Algera* del 1957, ancora la tutela dell'affidamento al principio di certezza del diritto. Sembra mancare dunque il richiamo alla buona fede oggettiva che invece caratterizza il nostro ordinamento¹⁰⁸. Difatti, la Corte non richiama mai espressamente la buona fede nella tutela dell'affidamento¹⁰⁹.

Tuttavia, nella dimensione europea, il riferimento alla certezza del diritto non è evocato sulla base di presunta incompatibilità (ormai superata anche nell'elaborazione maggioritaria nazionale) tra la buona fede e i pubblici poteri.

In tal senso, le ragioni probabilmente sono da individuarsi non tanto nell'intento di negare il carattere dialogico del rapporto fra amministrazione e privato, ma, quanto più, nelle origini¹¹⁰ e nelle caratteristiche connaturate ordinamento sovranazionale stesso.

Difatti, in “un'organizzazione” che si pone come finalità primaria la creazione di un mercato unico¹¹¹, il valore della certezza del diritto e della stabilità degli effetti risultavano essenziali per garantire il sicuro svolgimento

¹⁰⁸ Sul fondamento dell'affidamento nel principio di buona fede oggettiva si è già detto nel Capitolo I.

¹⁰⁹ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 72.

¹¹⁰ L'ordinamento eurounitario (prima comunitario) nasce inizialmente per rispondere a finalità di integrazione economica e cooperazione, nella logica di creare un mercato unico. Progressivamente, le competenze dell'Unione sono aumentate fino a trascendere la sola dimensione economica. Ai sensi dell'art. 3 del TUE, fra gli obiettivi dell'Unione vi è quello di promuovere la pace (paragrafo 1); di garantire “ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima (paragrafo 2); di combattere l'esclusione sociale e la discriminazione (paragrafo 3).

¹¹¹ Fin dalla sentenza C. giust. 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos contro amministrazione delle imposte olandese*, C-26/62, p. 16, Raccolta della giurisprudenza in www.eur-lex.europa.eu, “Lo scopo del Trattato C.E.E., cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti”. Si veda anche il paragrafo 3 dell'art. 3 del TUE.

degli scambi e dei traffici fra gli stati membri e per consentire la libera circolazione di merci, persone, capitali e servizi.

Un ordinamento che, come ricordato all'inizio del capitolo, opera per fini specifici, si caratterizza per una sua elasticità e mira a perseguire innanzitutto gli interessi e gli obbiettivi dell'Unione e delle sue istituzioni.

Questi, talvolta possono essere convergenti con le esigenze del privato, in una *ratio* più garantista (si fa riferimento in questo caso all' "anima liberale" della dimensione europea), ovvero porsi in tensione con le stesse, in una logica più restrittiva (si parla in questo caso di "anima funzionale"): la soluzione delle controversie dipende pertanto dalle circostanze che emergono del caso concreto.

Un approccio esclusivamente formale, dunque, rischierebbe di essere troppo stringente per il perseguimento degli obbiettivi dell'ordinamento eurounitario: viene pertanto temperato da un criterio "più fattuale", quello delle rassicurazioni, che spesso risulta essere decisivo e, in certo qual modo, sposta il fondamento dell'affidamento verso il "polo" della buona fede.

Infatti, come si è cercato di dimostrare, in assenza di rassicurazioni non vi è affidamento legittimo, ma, di per sé, le rassicurazioni e i comportamenti dell'amministrazione sono sufficienti a ingenerarlo.

Dunque, anche in assenza, di un espresso rimando alla buona fede¹¹², la giurisprudenza della Corte, mediante la valenza accordata alle rassicurazioni, dà rilievo in modo prevalente i comportamenti dell'amministrazione piuttosto che ai suoi atti formali.

¹¹² G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo Europeo. Principi e Istituti*, Milano, Giuffrè, 2006 p. 36-37. L'A. ricorda che sono pochi i casi in cui la Corte fa leva sulla buona fede per la tutela dell'affidamento. "Lo ha accolto soltanto quando la buona fede del privato era giustificata dall'inadeguatezza delle informazioni ricevute dall'autorità nazionale (sentenza C. giust. *Republik Österreich c. Martin Huber* del 2002 C-336/00) o dal notevole trascorso del tempo. Per questo aspetto però la giurisprudenza è restrittiva, allo scopo di evitare che ne traggano beneficio le autorità nazionali e regionali che erogano aiuti senza informare la Commissione".

In questo senso “ai fini della configurabilità di un legittimo affidamento, meritevole di tutela, rileva la complessiva condotta dell’amministrazione valutata in una logica relazionale con il privato¹¹³”, prescindendo, in molti casi, dalla presenza di un provvedimento.

È pertanto l’esistenza di una relazione giuridica fra privato e pubblica amministrazione che attribuisce un valore centrale al tema delle rassicurazioni¹¹⁴.

La stessa condotta dell’amministrazione è idonea a originare una pretesa del privato al raggiungimento di un esito favorevole della vicenda che lo riguarda¹¹⁵.

Pertanto, la centralità assegnata per lungo tempo¹¹⁶ al provvedimento dall’ordinamento nazionale viene a perdersi nella dimensione europea a favore di una valorizzazione della valenza relazionale del rapporto¹¹⁷.

Allo stesso tempo, l’ordinamento europeo esclude in maniera assoluta la tutelabilità di un affidamento fondato sull’illegittimità/illegalità¹¹⁸.

¹¹³ G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit., p. 72 e *Buona fede e affidamento*, cit. p. 908.

¹¹⁴ *Ibidem*. Al contrario, l’A. rileva come nell’ambito legislativo l’esistenza di rassicurazioni non assume rilevanza ai fini dell’affidamento in quanto differente è il rapporto che viene in essere tra legislatore e consociati. L’atto amministrativo, diversamente da quanto attiene le norme di legge, riguarda tendenzialmente un singolo destinatario e definisce un determinato assetto di interessi.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 73. “Una pretesa che, appunto, si radica nella violazione di un canone generale di correttezza dei comportamenti dell’amministrazione europea”.

¹¹⁶ Dall’analisi che verrà compiuta nel proseguo del capitolo della giurisprudenza nazionale emergerà come, anche nell’ordinamento nazionale, è stata riconosciuta la meritevolezza dell’affidamento (incolpevole), anche in assenza di un provvedimento favorevole

¹¹⁷ G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit., p. 75.

¹¹⁸ *Ibidem*. Vengono in essere gli stessi rilievi affrontati nel Capitolo I in tema di annullamento d’ufficio. Si pensi inoltre alla vicenda delle proroghe generalizzate del regime delle concessioni balneari che ha interessato l’Italia (cfr., Capitolo I). Nell’ambito di tali vicende, la Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (già menzionata *supra*) aveva cassato il meccanismo nazionale di rinnovo automatico e generalizzato delle concessioni balneari. Tuttavia, aveva assegnato un valore centrale al rapporto intercorrente fra amministrazione e singolo concessionario: soltanto nell’ambito di quest’ultimo sarebbe possibile invocare un affidamento inteso non come pretesa generica alla stabilità di un certo regime, ma quale situazione soggettiva ingenerata dalla condotta dell’amministrazione stessa, sulla base di una valutazione casistica. “Una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell’autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il

3.3 Affidamento a fronte di atti amministrativi sfavorevoli

Per quanto attiene gli atti amministrativi sfavorevoli, la Corte, sempre recuperando la distinzione elaborata dal diritto tedesco¹¹⁹, ritiene che nel caso di annullamento (“revoca” secondo la terminologia europea) di un provvedimento dagli effetti negativi per il destinatario non emerga un affidamento meritevole di tutela¹²⁰.

Non si pone, in questo senso, un problema di limiti del potere di ritiro, in quanto non è stato accordato nessun vantaggio alla sfera giuridica del privato¹²¹.

Gli effetti del ritiro (retroattivi o non retroattivi) variano in base alla legittimità dell’atto sfavorevole coinvolto¹²².

Inoltre, è comunque necessario tenere in considerazione le conseguenze che tale ritiro può provocare nei confronti delle altre parti e dei terzi¹²³: anche in tali circostanze, si manifesta la necessità di operare un bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti.

rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione”, punto 56. Si veda inoltre la lettera di messa in mora della Commissione europea nei confronti dell’Italia del 3 dicembre 2020 1418/20, *final C* (2020) 7826 p.9.

¹¹⁹ Come già ribadito, della distinzione da conto F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit. p. 87 che afferma che tale differenziazione “da un lato serve a spostare subito l’attenzione sulla situazione giuridica del privato nei confronti della pubblica amministrazione, dall’altro serve ad evitare di impostare in astratto la problematica dell’annullamento di ufficio senza tener conto che i termini della questione divergono profondamente a seconda che dall’annullamento derivi un vantaggio o un danno per il destinatario dell’atto”.

¹²⁰ C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull’autotutela*, cit., p. 1549-1550.

¹²¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit. p. 88: “non si dà luogo a problemi di “limiti” nell’ipotesi di annullamento di provvedimento onerosi (*belastenden*), mentre il problema dei limiti sorge quando si intendono annullare atti favorevoli al destinatario o atti il cui annullamento danneggerebbe, di riflesso, un terzo interessato (c.d. atti *mit Doppelwirkungen*)”.

¹²² C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull’autotutela*, cit., p. 1558 e ss.

¹²³ *Ibidem*.

4 La rilevanza dei comportamenti della P.A. nella prospettiva della giurisprudenza nazionale più recente

Negli orientamenti espressi dalla giurisprudenza nazionale più recente in tema di affidamento incolpevole emerge senza dubbio una contrapposizione tra le posizioni dei massimi vertici delle giurisdizioni ordinaria e speciale, Corte di cassazione e Consiglio di Stato.

Gli aspetti nei quali si riscontrano le divergenze maggiori riguardano, in particolar modo, il tema dei requisiti necessari (e sufficienti) ai fini della configurabilità di un affidamento incolpevole meritevole di tutela; quello del rapporto tra questa figura di affidamento e l'esercizio del potere amministrativo e, infine, la questione della giurisdizione per il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento incolpevole, in particolare nelle ipotesi che rientrano nella giurisdizione esclusiva.

Con riferimento alle controversie in cui più frequentemente è emersa la figura dell'affidamento incolpevole, un'analisi della casistica giurisprudenziale consente di rilevare che i settori maggiormente interessati sono quello dell'urbanistica-edilizia e quello delle procedure di affidamento dei contratti pubblici¹²⁴.

Si tratta, in larga misura, di controversie in cui è coinvolto un interesse¹²⁵ pretensivo¹²⁶: in alcuni di questi casi però il provvedimento ampliativo richiesto (che porterebbe ad un esito favorevole della vicenda per il suo

¹²⁴ G. GRECO, *Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 3/2025, pp. 525-548, p. 527. Vedi anche M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione in P.A. Persona e amministrazione*, 2/2022 p. 59-105, in particolare p. 80 e ss.

¹²⁵ Si utilizza il termine interesse per distinguere dalle ipotesi attinenti provvedimenti ablativi o limitativi della sfera giuridica.

¹²⁶ Si è già ricordato come sia per l'elaborazione nazionale (Merusi) che per la giurisprudenza europea – entrambe influenzate dall'elaborazione tedesca - il problema della tutela dell'affidamento si configura a fronte di atti amministrativi con effetti favorevoli per il destinatario, che conferiscono a questi un determinato vantaggio o beneficio.

destinatario) viene annullato o revocato; in altri, il provvedimento risulta completamente assente¹²⁷, non essendo mai stato né rilasciato, né negato.

Nondimeno, in tutte queste ipotesi, l'oggetto della domanda non attiene alla legittimità del provvedimento o all'esercizio del potere di autotutela (chiaramente solo ove sia intervenuto effettivamente un provvedimento all'esito del procedimento di primo grado), ma alla correttezza della condotta dell'amministrazione nel rapporto con il destinatario del provvedimento stesso.

Pertanto, quest'ultimo lamenta la lesione dell'affidamento *incolpevole* ad opera delle condotte scorrette dell'amministrazione e ne chiede riparazione.

L'illecito, in tal senso, “deriverebbe dall'affidamento ingeneratosi sul cittadino e dalla lesione dell'affidamento che dette vicende avrebbero provocato¹²⁸”.

4.1 La tesi “pubblicistica” del Consiglio di Stato

La posizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in merito agli elementi necessari ai fini della configurabilità dell'affidamento incolpevole e alla sua tutelabilità è stata espressa in maniera compiuta in tre sentenze del 29 novembre del 2021, la n.19, la n. 20 e la n. 21¹²⁹.

Precedentemente, già con la sentenza n. 5 del 2018¹³⁰, il Consiglio di Stato aveva riconosciuto anche in capo all'amministrazione – la controversia si colloca nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica (punto 44)¹³¹, ma

¹²⁷ G. GRECO, *Buona fede nell'esercizio del potere*, cit., p. 829.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Non risulta che vi siano sentenze dell'Adunanza Plenaria più recenti sul tema.

¹³⁰ Sentenza Cons. Stat., Ad. Plen., del 4 maggio 2018, n. 5, principi di diritto al punto 55. Vedi anche sentenza Cons. Stat., Ad. Plen., del 5 settembre 2005, n. 6.

¹³¹ Il punto 26 e ss. della sentenza n. 5/2018 recita: “al contrario, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione “relazionale” qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative”. Prosegue poi, “l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale “trattativa” e, a maggior

il principio è esteso all'azione amministrativa in generale¹³² – la responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 del Codice civile, per la lesione dell'affidamento incolpevole, inteso quale espressione della libertà di autodeterminazione negoziale¹³³ degli individui.

Peraltro, tale forma di responsabilità, ricordano i giudici della Plenaria, non deriva da un vizio di validità del provvedimento, che pur può essere legittimo; bensì da un comportamento non corretto dell'amministrazione che darebbe luogo solo a pretese di tipo risarcitorio, secondo la tradizionale distinzione fra norme di validità e norme di comportamento: “in questi casi il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico¹³⁴”.

ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto.”

¹³² Sentenza Cons. Stat. VI., 13 agosto 2020 n. 5011 in cui si afferma che l'affidamento “un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività”.

¹³³ Punto 27: “ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale: tant'è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza).”

¹³⁴ Punto 33 e 34: “nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A.

Si afferma, dunque, anche per il rapporto amministrativo, la vigenza della distinzione fra regole di validità e regole di comportamento¹³⁵.

Il provvedimento, tuttalpiù, viene in rilievo quale elemento costitutivo di una fattispecie complessa (di natura comportamentale) che “è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurlo a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento¹³⁶”.

Quanto ai requisiti¹³⁷ per la risarcibilità del danno da lesione dell'affidamento incolpevole, il Consiglio di Stato afferma che – oltre la dimostrazione da parte del privato della buona fede soggettiva (ossia l'incolpevolezza per quel che riguarda l'esistenza di un presupposto su cui si è basata la scelta di compiere “conseguenti attività economicamente onerose”) – è necessario, in primo luogo, che “l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà”.

In secondo luogo, “che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo”.

Infine, che “il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione”. In altri termini, il privato deve fornire la prova che

le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)”.

¹³⁵ Per la distinzione fra regole di validità e regole di comportamento si veda il Capitolo I.

¹³⁶ Punto 35.

¹³⁷ Punto 51 e ss.

quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l'amministrazione si fosse comportata correttamente¹³⁸”.

Nel quadro così delineato si inseriscono – come anticipato – le tre sentenze del 2021.

Più specificatamente, le questioni riguardavano: una concessione edilizia, poi annullata in sede giurisdizionale (sentenza n. 19); un permesso a costruire, poi annullato in sede giurisdizionale per illegittimità in via derivata rispetto alla variante generale del piano regolatore (sentenza n. 20); un'aggiudicazione definitiva di un appalto di lavori, servizi e forniture poi annullata in sede giurisdizionale e dunque revocata dall'amministrazione in esecuzione della sentenza (sentenza n. 21).

In tutte e tre le controversie, dopo l'emanazione del provvedimento favorevole ma illegittimo per i ricorrenti¹³⁹, è intervenuta sentenza di annullamento in sede giurisdizionale che ha eliminato il provvedimento stesso e in cui questi avevano la qualifica di controinteressati.

Tuttavia, nei casi di specie, questi non contestano il carattere illegittimo del provvedimento annullato, ma, al contrario, lamentano la lesione dell'affidamento incolpevole¹⁴⁰ sulla legittimità/stabilità¹⁴¹ del provvedimento

¹³⁸ Peraltro, il Consiglio di Stato stabilisce che, nella valutazione in merito all'affidamento incolpevole, rilevano fra gli altri: “d) la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'onere di ordinaria diligenza richiamato anche dall'art. 1227, comma 2, cod. civ., da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela (anche tenendo conto del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata); e) la c.d. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento” punto 54.

¹³⁹ Si fa riferimento ai ricorrenti dell'azione risarcitoria.

¹⁴⁰ In tal senso, cfr. punto 1 della sentenza Cons. Stat. n. 19 del 2021, punto 1 della sentenza Cons. Stat. n.20 del 2021, punto 3 della sentenza Cons. Stat. n. 21 del 2021. Cfr. M. TRIMARCHI, *Buona fede*, cit., p. 88.

¹⁴¹ Secondo il Consiglio di Stato l'oggetto dell'affidamento sarebbe rappresentato dalla legittimità degli atti dell'amministrazione; tuttavia, altre volte si richiama il concetto di stabilità. Cfr. per le criticità di questo “doppio binario” G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 52-53. Dalle parole dei giudici amministrativi emerge, in questo senso, una strumentalità dell'affidamento rispetto all'interesse legittimo nel momento in cui si dice che “l'affidamento si proietta sulla positiva conclusione del procedimento, e dunque

ampliativo – ingenerato dalla condotta dell’amministrazione e poi deluso dall’annullamento – e domandano il risarcimento del danno per violazione della regola di buona fede e correttezza.

In questi termini, in primo luogo i giudici del Consiglio di Stato affrontano in termini generali la questione della giurisdizione relativa alle domande aventi ad oggetto le conseguenze risarcitorie¹⁴² dell’annullamento di un atto amministrativo in sede giurisdizionale.

Si sostiene, in chiara opposizione con l’orientamento espresso dalla Cassazione¹⁴³, che, per tali questioni, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo¹⁴⁴ sia nelle ipotesi delle materie di giurisdizione esclusiva sia per la giurisdizione generale di legittimità.

L’affermazione della giurisdizione trarrebbe origine dal fatto che, dal punto di vista sostanziale, l’affidamento non è “una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due (*diritti soggettivi e interessi legittimi*) sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi”¹⁴⁵.

sull’attuazione dell’interesse legittimo di cui il medesimo privato è portatore, ma che diventa in sé tutelabile in via risarcitoria se l’amministrazione con il proprio comportamento abbia suscitato una ragionevole aspettativa sulla conclusione positiva del procedimento. E ciò a prescindere dal fatto che il bene della vita fosse dovuto ed anche se si accertasse in positivo che non era dovuto”. Sentenza n.20 del 2021, punto 14. In questo ultimo periodo riemerge il problema della sovrapposizione tra affidamento e interesse legittimo, dell’iperprotezione dell’interesse privato e del valore recessivo della legalità (cfr. Capitolo I).

¹⁴² Cfr. Sentenza Cons. Stat., n. 19, punto 13: “Inoltre la lesione dell’aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, come nella fattispecie decisa dall’Adunanza plenaria nelle sopra menzionate sentenze del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5, ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Anche in questa seconda ipotesi può infatti configurarsi per il soggetto beneficiario dell’atto per sé favorevole un’aspettativa alla stabilità del bene della vita con esso acquisito e che dunque può essere lesa dalla sua perdita conseguente all’annullamento in sede giurisdizionale”. Si vedano anche i punti 1-7 della Sentenza Cons. Stat. n.21 del 2021.

¹⁴³ Si fa riferimento alle pronunce della Cassazione affrontate nel paragrafo seguente.

¹⁴⁴ Sentenza Cons. Stat., n. 20 del 2021 punto 1 *in diritto*. La Corte per giustificare questa affermazione richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di giurisdizione (Sentenza Corte Cost., 26 luglio 2004, n. 204; Sentenza Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191).

¹⁴⁵ Sentenza n. 20, punto 5. Peraltro, il giudice amministrativo sembra fondare l’affidamento più sulla buona fede soggettiva che su quella oggettiva, richiamando una serie di istituti del Codice civile in cui ha rilievo lo stato soggettivo del privato.

Non si qualificherebbe pertanto come “un diritto autonomo” – come ritiene invece la Cassazione, radicando la giurisdizione presso il giudice ordinario – ma potrebbe legarsi ora all’interesse legittimo, ora al diritto soggettivo.

Allo stesso tempo, si sostiene che l’affidamento emergerebbe “quale istituto giuridico espressione di un principio più che di una situazione soggettiva” e che “nei rapporti con l’amministrazione esso si traduce nell’«aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato», che, se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima¹⁴⁶”.

In tal senso, la giurisdizione amministrativa sussisterebbe in quanto la fiducia, cui è ispirata la relazione giuridica fra privato e amministrazione, “si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale – a un “mero comportamento” – ma al potere pubblico, nell’esercizio del quale l’amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo”¹⁴⁷.

Non sarebbe, dunque, possibile scindere l’affidamento dalla dimensione in cui si colloca: la presenza del potere nel rapporto amministrativo¹⁴⁸

¹⁴⁶ Sentenza n. 20, punto 6.

¹⁴⁷ Sentenza n. 20, punto 7 dove si aggiunge “deve quindi essere affermata la giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l’operato dell’amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile, dunque all’amministrazione che “agisce in veste di autorità” e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1). Il Consiglio di Stato ricorre a tale argomentazione per ricondurre la materia del danno da affidamento incolpevole nell’articolo 7 del Codice del processo amministrativo. Si veda inoltre G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit., in cui l’A. rileva come questa ricostruzione “pubblicistica” dell’affidamento si collochi in un rapporto di strumentalità con la posizione di interesse legittimo, p. 54-55 (cfr. punti 11-14 della sentenza n. 20).

¹⁴⁸ Si veda G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit., p. 52, in cui l’A. afferma che, collocando l’affidamento nella dimensione pubblicistica del potere, i giudici del Consiglio di Stato colgono “il principale punto debole della tesi espressa dalla Corte di cassazione”. Questo, quanto meno fino alla sentenza n.26080 del 2025. Il collegamento con il potere è fondamentale per radicare la giurisdizione ai sensi dell’art. 7 e 133 del c.p.a.. L’art. 7 infatti afferma “sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti

comporta necessariamente il radicarsi la giurisdizione in capo al giudice amministrativo. Infatti, anche se non estrinsecato in atti formali, il potere è un elemento ineliminabile e connaturato all'amministrazione¹⁴⁹.

Inoltre, in ogni caso, si ritiene che il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede abbiano portata bilaterale, nonostante "l'autoritatività dell'agire amministrativo"¹⁵⁰: non si tratta dunque di obblighi circoscritti al diritto comune.

In merito invece alla definizione dei limiti entro i quali è possibile ravvisare un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento, tutte le sentenze menzionate, da un lato, prevedono la sussistenza concorrente di alcuni requisiti costitutivi, dall'altro, indicano le circostanze in cui tale affidamento è da escludersi.

Specificatamente, innanzitutto si richiede che tale affidamento sia incolpevole ossia "ragionevole". "Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, in cui il privato abbia senza colpa confidato. Nel caso di provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve dunque vantare una ragionevole aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della

soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico" (comma 1). Al comma quinto si dice: "5. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi".

¹⁴⁹ Sentenza n. 20 del 2021, punto 8: "deve quindi essere affermata la giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura".

¹⁵⁰ Sentenza n. 20 del 2021, punto 10.

quale possa quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico¹⁵¹”.

Il secondo requisito necessario è rappresentato dalla colpevolezza della condotta dell'amministrazione, “nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali valesvoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ.¹⁵²”.

In questo senso, il grado di colpa dell'amministrazione va commisurato al requisito della riconoscibilità del vizio¹⁵³ di legittimità del provvedimento: “la manifesta illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, che consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole”¹⁵⁴, è un elemento che incide, per escludere o attenuare, la colpa dell'amministrazione.

Di conseguenza, per quanto attiene agli elementi che ostano alla configurabilità di un affidamento meritevole di tutela, i giudici danno rilievo all'atteggiamento psicologico e ai comportamenti del destinatario.

¹⁵¹ Sentenza n. 20 del 2021, punto 17, in cui si prosegue dicendo che “la tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse”. Nella sentenza n. 21 del 2021, il Consiglio di Stato specifica i requisiti nel settore degli appalti pubblici, punti 9 e ss. Un ulteriore requisito richiesto in questo caso è rappresentato dal carattere ingiustificato del recesso della stazione appaltante. In tal senso, sono ancor più evidenti i caratteri di affinità con la fase delle trattative precontrattuali del Codice civile.

¹⁵² Punto 16 sentenza n. 21 del 2021; punti 16 e ss. della sentenza n. 19 del 2021; sentenza n. 20 del 2021, punto 18 e ss. Dal punto di vista probatorio, spetta all'amministrazione dimostrare che l'errore è scusabile (nell'illegittimità la colpevolezza dell'amministrazione è presunta, salvo prova contraria).

¹⁵³ Punto 23 sentenza n. 20 del 2021.

¹⁵⁴ *Ivi*, punto 18. Cfr. anche Sentenza n.19 del 2021, punto 16 in cui si afferma che “la tutela di tale situazione soggettiva si fonda sui principi di corretta e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere e che dunque postulano che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità si sia ottenuta in circostanze che obiettivamente la giustifichino”.

Da un lato, infatti, si nega l'esistenza di un affidamento incolpevole laddove sia stato il destinatario, mediante i propri comportamenti, ad indurre dolosamente l'amministrazione a emanare il provvedimento viziato¹⁵⁵.

Dall'altro, la tutelabilità è preclusa anche qualora "l'illegittimità del provvedimento era evidente e avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario, in conformità a una regola di carattere generale, espressamente richiamata in ambito civilistico (art. 1147, comma 2, cod. civ.), secondo cui la buona fede «non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave»¹⁵⁶".

Inoltre, il Consiglio di Stato ritiene che – per i caratteri di specialità del diritto amministrativo, in cui ricopre un ruolo centrale la tutela costitutiva di annullamento dell'atto illegittimo – non si possa configurare un affidamento incolpevole qualora il destinatario dell'atto favorevole sia controinteressato del giudizio di annullamento. Infatti "con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo"¹⁵⁷.

Per quanto attiene invece alla natura del pregiudizio che viene risarcito, il ristoro è tendenzialmente limitato al cosiddetto interesse negativo¹⁵⁸.

In definitiva, l'orientamento del Consiglio di Stato, pur assegnando rilievo alla distinzione fra regole di condotta e regola di validità, fa emergere una concezione di affidamento piuttosto precaria e indeterminata: l'affidamento, infatti, da un lato, non coinciderebbe né con una posizione di diritto

¹⁵⁵ *Ivi*, punto 19.

¹⁵⁶ Sentenza n. 20 del 2021 punti 19 e 20. Sentenza n. 19 del 2021, punto 16 e ss. Sentenza n. 21 del 2021, punto 18. Sentenza n. 21, punto 19; sentenza n. 20, punto 22.

¹⁵⁷ Sentenza n. 21, punto 19; sentenza n. 20, punto 22.

¹⁵⁸ La questione è affrontata nel Capitolo I.

soggettivo né con una di interesse legittimo, potendosi correlare ad entrambe, a seconda delle situazioni.

Dall'altro, sarebbe identificabile non con una posizione giuridica, ma come un autonomo principio.

Tuttavia, l'impostazione dei giudici amministrativi coglie uno dei maggiori punti di debolezza dell'orientamento della Cassazione (fino alla sentenza n. 26080 del 2025): ossia il collegamento tra affidamento e l'esercizio del potere.

4.2 La tesi “civilistica” della Cassazione

Anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affrontato la questione della risarcibilità del danno da lesione dell'affidamento incolpevole, ma in una prospettiva differente da quella del Consiglio di Stato, riconoscendo la giurisdizione¹⁵⁹ – a fronte dell'azione di condanna al risarcimento del danno da affidamento per violazione della regola di buona fede – al giudice ordinario.

4.2.1 Le ordinanze gemelle del 2011

Un primo momento fondamentale nell'evoluzione dell'orientamento della Corte è rappresentato l'emanazione delle cosiddette “ordinanze gemelle”¹⁶⁰ del 2011 nell'ambito di un regolamento preventivo di giurisdizione.

In particolare, le controversie interessate avevano ad oggetto una domanda di risarcimento dei danni per lesione dell'affidamento, derivanti dall'annullamento – in autotutela o giurisdizionale – di un provvedimento ampliatorio illegittimo (una concessione edilizia, un permesso a costruire, un'aggiudicazione: materie rientranti nella giurisdizione esclusiva).

¹⁵⁹ Sull'evoluzione dell'orientamento della Cassazione in tema di giurisdizione soprattutto per quanto attiene le materie in giurisdizione esclusiva si dirà nel proseguo del paragrafo.

¹⁶⁰ Ordinanze Cass. sez. un. 23 marzo 2011, n.n. 6594, 6595 e 6596.

Gli attori non contestavano, dunque, la legittimità dei provvedimenti di annullamento, ma richiedevano “il ristoro per i danni subiti a causa dei danni subiti facendo affidamento sulla legittimità dei provvedimenti favorevoli poi eliminati”¹⁶¹.

Come anticipato, la Corte ritiene che la giurisdizione, debba radicarsi di fronte al giudice ordinario, sul presupposto che il privato non contesta la legittimità di un atto amministrativo, “impugnandolo davanti al giudice amministrativo, con le conseguenziali statuizioni risarcitorie, e, quindi, non sollecitando tale situazione di fatto alcuna esigenza di tutela contro l’esercizio illegittimo di un pubblico potere consumato nei confronti del privato, né richiedendo questi un accertamento, da parte del giudice amministrativo, della illegittimità del comportamento tenuto dalla P.A., che egli invece può solo subire e ha interesse a contrastare nel giudizio di annullamento da altri provocato”¹⁶².

Mentre, sostiene la Corte, per fondare la giurisdizione di fronte al giudice amministrativo, si richiede che la *causa petendi* della domanda attenga all’illegittimità dell’attività dell’amministrazione¹⁶³.

In tal senso, la giurisdizione amministrativa potrebbe sussistere solo qualora il pregiudizio di cui si chiede riparazione sia collegato in maniera diretta all’illegittimità del provvedimento amministrativo.

“Al contrario, se il danno è solo conseguenza indiretta del provvedimento illegittimo, “quest’ultimo degrada a mero comportamento e ad elemento concorrente di una fattispecie di illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla pubblica amministrazione per aver

¹⁶¹ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 40.

¹⁶² Ordinanza n. 6595 del 2011.

¹⁶³ *Ivi*, punto 2.2.

ingenerato nel destinatario l'incolpevole convincimento di poter confidare nella legittimità del provvedimento ampliativo”¹⁶⁴.

4.2.2 L'ordinanza n.17585 del 2015

Nel 2015, con l'ordinanza¹⁶⁵ n.17586, la Corte è chiamata poi a risolvere (sempre in un regolamento preventivo di giurisdizione) una controversia in cui l'attore – destinatario di un provvedimento attributivo di una concessione a costruire su un'area demaniale e della relativa gestione – ha subito l'annullamento del provvedimento stesso in sede giurisdizionale e ha richiesto il risarcimento del danno da affidamento.

Ancora una volta la richiesta della sentenza di condanna per equivalente non si fonda sull'illegittimità del provvedimento, ma l'attore sostiene che “la p.a., adottando l'atto ampliativo in modo illegittimo lo avrebbe indotto a confidare incolpevolmente nella legittimità del provvedimento ed a comportarsi di conseguenza, così cagionandogli un danno rappresentato sia dalla sopportazione delle spese sostenute per le attività di esecuzione dell'opera compiute nella vigenza del provvedimento ampliativo, tenuto conto della perdita dei relativi manufatti, sia dal venir meno del lucro cessante che sarebbe derivato dai futuri introiti conseguibili tramite l'attività di gestione del pubblico servizio erogato attraverso l'opera una volta terminata”¹⁶⁶.

La soluzione prospettata dalla Corte si pone in linea con l'orientamento espresso nelle ordinanze gemelle: sussiste giurisdizione del giudice ordinario in quanto non si fa questione del legittimo esercizio del potere.

Quanto alla connotazione dell'affidamento, la Corte rifiuta l'elaborazione, accolta anche in parte dalla giurisprudenza amministrativa che “la

¹⁶⁴ Questa posizione della Corte, salvo poche eccezioni (a titolo esemplificativo: Cass. sez. un. 8057/2016 e Cass. sez. un. 13454/2017) ha trovato conferma anche nella giurisprudenza successiva.

¹⁶⁵ Ordinanza Cass. sez. un. 4 settembre 2015, n.17586.

¹⁶⁶ Paragrafo 1 dell'ordinanza, con nota di C.E. GALLO in *Diritto processuale amministrativo*, 2/2016, pp. 547-584, in particolare p. 547.

lesione fonte della pretesa risarcitoria riguarderebbe l'interesse legittimo che il privato aveva al corretto svolgimento dell'azione amministrativa"¹⁶⁷ e non un diritto soggettivo.

Al contrario, ritiene che si debba distinguere l'affidamento dall'interesse legittimo. Il contenuto di quest'ultimo sarebbe da identificarsi "nella richiesta che si provveda dando positiva soddisfazione a quell'interesse"¹⁶⁸ e non coincide con la pretesa a che l'amministrazione provveda legittimamente.

Sicché, secondo tale impostazione, l'interesse legittimo sarebbe soddisfatto anche laddove l'amministrazione abbia provveduto in senso favorevole ma illegittimo. Mentre verrebbe leso quando l'amministrazione neghi in modo illegittimo il provvedimento.

Qualora invece abbia attribuito il provvedimento favorevole ma in modo illegittimo, non si verifica alcun pregiudizio dal punto di vista del privato, il quale beneficerebbe dell'attribuzione del vantaggio; fintanto però che non intervenga però l'annullamento dell'atto stesso (in autotutela o giurisdizionale)¹⁶⁹.

L'interesse legittimo, dunque, perderebbe i suoi connotati sostanziali e rappresenterebbe esclusivamente una situazione strumentale all'ottenimento del provvedimento¹⁷⁰.

In tal senso, afferma la Corte, "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

¹⁶⁷ Punto 8.1 e ss. dell'ordinanza.

¹⁶⁸ Punto 8.1 in cui si afferma anche che "l'interesse legittimo pretensivo, infatti, sebbene considerato come situazione strumentale secondo la tipica natura dell'interesse legittimo lo è sempre nel senso che si tratta di situazione giuridica di vantaggio per il privato nella sua proiezione rivolta alla consecuzione del provvedimento e non certo in quella di situazione che sia indifferente a tale consecuzione ed abbia come oggetto e contenuto il provvedere della p.a. in modo legittimo e non il provvedere in modo positivo".

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Cfr. anche G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 43.

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 beneficiario¹⁷¹”.

Qualora dunque il destinatario del provvedimento, “preso atto del venir meno del provvedimento (eventualmente inutilmente difeso), prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed avere regolato la sua azione sulla base di esso e faccia, quindi, valere, come fatto costitutivo della più complessa fattispecie integrativa dell'affidamento incolpevole, che la p.a. gli attribuì il provvedimento in modo illegittimo (come ormai riconosciuto dal consolidarsi dell'annullamento in autotutela o giurisdizionale)¹⁷²”, la relativa azione non è volta alla riparazione della lesione dell'interesse legittimo, ma di un diritto soggettivo¹⁷³ alla conservazione dell'integrità del suo patrimonio¹⁷⁴.

In tali circostanze, è pertanto necessario verificare che l'agire dell'amministrazione (concretizzatosi nel provvedimento) sia stato idoneo sul piano causale a determinare un 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”¹⁷⁵.

La fattispecie costitutiva del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 deriva dalla lesione all'integrità del patrimonio del beneficiario riconducibile ad una fattispecie complessa, rappresentata “dall'essere stato il

¹⁷¹ Punto 8.2 dell'ordinanza.

¹⁷² Punto 8.3 dell'ordinanza.

¹⁷³ In questo senso, secondo la Corte, non risultando l'interesse legittimo fra gli elementi costitutivi della fattispecie, è da negare la giurisdizione del giudice amministrativo (punto 8.5).

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Punto 8.3 dell'ordinanza.

provvedimento ampliativo emesso illegittimamente, dall'essere stato l'agire della p.a. nella sua adozione, in ragione delle circostanze concrete, determinativo di affidamento incolpevole, dall'essere stato il provvedimento illegittimo rimosso (perché tale) in modo ormai indiscutibile”¹⁷⁶.

La Corte esclude anche che la questione possa essere ricondotta alle ipotesi di giurisdizione esclusiva in quanto non si rientrerebbe in nessuna delle ipotesi dell'art. 7 del Codice del processo amministrativo, (D.lgs. n.104 del 2010) difettando un collegamento con l'esercizio del potere¹⁷⁷.

La questione riguarderebbe piuttosto la valutazione dell'attitudine del comportamento dell'amministrazione a generare un affidamento incolpevole: una verifica, dunque, idoneità causale a generare la fiducia¹⁷⁸ poi delusa.

Ai fini della configurabilità dell'affidamento, non è sufficiente la sola adozione del provvedimento, ma rilevano “elementi ulteriori in concorso con i quali, l'adozione del provvedimento rilevi la sua efficacia causale”¹⁷⁹.

Si fa riferimento sia a “elementi inerenti lo stesso contenuto del provvedimento poi riconosciuto illegittimo; sia di elementi estranei al diretto esercizio del potere dell'amministrazione espressosi con il provvedimento, sia eventualmente di elementi pregressi relativi all'agire dell'amministrazione nelle fasi precedenti, sia ancora di elementi successivi, sia ancora di elementi derivanti da comportamenti dei terzi noti al beneficiario ed all'amministrazione, sia di elementi relativi alla situazione in cui si trovava lo stesso beneficiario o a fatti a lui noti”¹⁸⁰.

La Corte, pertanto – aggiungendo un componente ulteriore rispetto alle pronunce del 2011 – attribuisce un valore essenziale per l'individuazione di una posizione di affidamento meritevole di tutela ai comportamenti tenuti

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Punto 9.1 dell'ordinanza. Altrimenti si rientrerebbe nell'art. 7 c.p.a.

¹⁷⁸ Punto 9.2 dell'ordinanza.

¹⁷⁹ *Ibidem*. Non vi sarebbe dunque un nesso di causalità automatico tra adozione del provvedimento illegittimo e affidamento incolpevole.

¹⁸⁰ Punto 9.3.

dall'amministrazione sia "dentro" che "fuori" dal procedimento¹⁸¹, piuttosto che al mero esercizio del potere¹⁸².

4.2.3 L'ordinanza n.8326 del 2020

Successivamente la Corte, adita sempre in riferimento ad un regolamento preventivo di giurisdizione, è chiamata a pronunciarsi sulla risarcibilità del danno da affidamento incolpevole in una fattispecie¹⁸³ in cui non è presente un provvedimento di primo grado poi annullato.

Conseguentemente, gli elementi astrattamente idonei a ingenerare l'affidamento sono rappresentati esclusivamente dalle condotte tenute dall'amministrazione¹⁸⁴ nella relazione istauratasi con il privato.

In particolare, l'amministrazione aveva tenuto comportamenti (comunicazioni di atti endoprocedimentali, assicurazioni e apprezzamenti sul piano d'opera, divulgati anche a mezzo stampa) idonei a indurre il destinatario a confidare ragionevolmente in un accoglimento della propria proposta¹⁸⁵.

La società attrice sostiene la giurisdizione del giudice ordinario poiché l'oggetto della domanda è rappresentato dal "risarcimento dei danni derivanti dal mancato rispetto dell'affidamento ingenerato dai provvedimenti favorevoli e dalle assicurazioni fornite dall'amministrazione municipale"¹⁸⁶.

La Corte, nello statuire la giurisdizione del giudice ordinario, riprende i principi e le posizioni affermati dalle ordinanze gemelle¹⁸⁷ e nella

¹⁸¹ Cfr. G. MANNUCCI, *L'Affidamento*, cit., p. 44.

¹⁸² Questo è funzionale per radicare la giurisdizione presso il giudice ordinario. Il provvedimento viene in essere come mero fatto storico, elemento costitutivo di una fattispecie complessa.

¹⁸³ Ordinanza Cass. sez. un. 28 aprile 2020, n.8236.

¹⁸⁴ L'amministrazione convenuta infatti sostiene che in mancanza di un provvedimento positivo, la lesione sarebbe da ricondurre nell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento che rientra nella giurisdizione esclusiva.

¹⁸⁵ Punto 20 dell'ordinanza, Cfr. G. MANNUCCI, *L'Affidamento*, cit., p. 45. Nell'ordinanza si parla anche di "contatti" e "pareri".

¹⁸⁶ Punto 12 dell'ordinanza. Cfr. anche punto 16 in cui la Corte parla di danno da comportamento.

¹⁸⁷ Punti 22 e ss. dell'ordinanza.

giurisprudenza successiva conforme: si ribadisce che il danno arrecato dalla condotta dell'amministrazione non ricade sull'interesse legittimo, il quale andrebbe identificato come pretesa a che l'amministrazione emani il provvedimento favorevole in modo legittimo¹⁸⁸.

La fattispecie causativa del danno, come si afferma nell'ordinanza del 2015, consiste nella lesione dell'affidamento sulla legittimità del provvedimento, cagionata non solo dal provvedimento ma anche da "ulteriori circostanze, la cui attitudine a fondare la fiducia deve essere valutata caso per caso"¹⁸⁹.

Il comportamento va collocato nella dimensione relazionale complessiva con l'amministrazione, in cui il provvedimento può anche mancare o essere legittimo¹⁹⁰.

La lesione, in questo senso, discenderebbe non dalla violazione di regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo; bensì dalla lesione delle regole di buona fede e correttezza, di diritto privato, che espongono a responsabilità¹⁹¹.

Per quanto attiene alla situazione soggettiva di affidamento, la Corte ribadisce poi la distinzione tra la figura dell'affidamento legittimo – che emerge nelle ipotesi di annullamento d'ufficio – e quella di affidamento incolpevole, che emerge in tutte le controversie esaminate.

Quest'ultima è "una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico", che si sostanzia "nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della fiducia mal riposta.

¹⁸⁸ Punto 26 dell'ordinanza.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Punto 27 dell'ordinanza. Cfr. G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 46.

¹⁹¹ *Ibidem*, la Corte riprende la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento e la sentenza Cons. Stat. n. 5 del 2018. Tuttavia, considera queste due tipologie di regole come operanti in modo totalmente separato.

Si tratta di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondato sulla buona fede"¹⁹².

Tuttavia, diversamente da quanto affermato nel 2015, la situazione soggettiva in cui si sostanzia l'affidamento incolpevole non coincide con il diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio, ma alla correttezza della condotta dell'amministrazione¹⁹³.

Il privato, dunque, può vantare nei confronti dell'amministrazione obblighi comportamentali fondati sull'affidamento-buona fede¹⁹⁴.

La Corte richiama inoltre la giurisprudenza comunitaria in materia di affidamento¹⁹⁵, sostenendo che – anche se la dimensione sovranazionale collega l'affidamento al principio di certezza del diritto, in una dimensione oggettiva – la stessa Corte di giustizia da rilievo e fa riferimenti anche alla dimensione soggettiva propria dell'affidamento stesso, richiamando il criterio delle rassicurazioni¹⁹⁶.

Analizzando invece la prospettiva nazionale, la Corte afferma che nella disciplina vigente del procedimento amministrativo (ma anche nell'ordinamento in generale, si pensi all'art.10 dello Statuto del contribuente, Legge 27 luglio 2000, n. 212) si possono riscontrare indici normativi inequivoci o,

¹⁹² Punto 28.2 dell'ordinanza. Vi è dunque convergenza tra l'elaborazione scientifica sull'affidamento incolpevole e la giurisprudenza della Cassazione. Per ulteriori approfondimenti sull'affidamento incolpevole, confronti il Capitolo I.

¹⁹³ Punto 28.3.

¹⁹⁴ Come si è cercato di sostenere nel Capitolo I.

¹⁹⁵ Punto 29 dell'ordinanza.

¹⁹⁶ “Nella stessa giurisprudenza di Lussemburgo, peraltro, non mancano espliciti riferimenti alla dimensione "soggettiva" dell'affidamento; nella sentenza CGUE 14 marzo 2013 C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, per esempio - dopo le affermazioni, corredate dai richiami ai pertinenti precedenti, che «secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali dell'Unione» (§ 23) e che «il diritto di avvalersi del suddetto principio si estende ad ogni soggetto nel quale un'istituzione dell'Unione ha fatto sorgere fondate speranze» (§ 24) - si enuncia il principio secondo il quale «costituiscono un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili» (§ 25). Negli stessi termini, da ultimo, CGUE 23 gennaio 2019 C-419/17, *Deza a.s.* (§70)”.

meglio, “specificazioni”¹⁹⁷ dell’affidamento incolpevole, che costituiscono espressione “del progressivo orientamento del nostro ordinamento verso un’idea di “diritto amministrativo paritario”, che postula “un modello di amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione”¹⁹⁸”.

Inoltre, afferma infine la Corte, il mancato rispetto di tali regole comporta una responsabilità da contatto sociale qualificato¹⁹⁹ per violazione di un obbligo non di prestazione, ma di protezione che sorge dalla relazione²⁰⁰ che si instaura tra cittadino e amministrazione dal momento in cui entrano in contatto²⁰¹.

In definitiva, con l’ordinanza n. 8236, la Cassazione ha ulteriormente ampliato la casistica delle fattispecie – ricondotte nella giurisdizione del giudice ordinario – in cui si ammette la risarcibilità del danno da affidamento incolpevole: la riparazione non è più limitata alle ipotesi in cui si intervenuto un provvedimento favorevole, poi rimosso; ma, anche ai casi in cui il provvedimento sia assente e assumano rilievo solo le condotte scorrette dell’amministrazione²⁰².

¹⁹⁷ Punto 30 e ss. dell’ordinanza.

¹⁹⁸ Punto 30.2 dell’ordinanza.

¹⁹⁹ Punto 32.

²⁰⁰ Il rapporto fra amministrazione e privato è assunto quale fatto idoneo a produrre obbligazioni di protezione.

²⁰¹ “Il contatto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni «in conformità dell’ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile”. La responsabilità da contatto sociale qualificato è ricondotta alla responsabilità contrattuale, Punto 33 e ss.

²⁰² Un elemento che continua a essere critico è rappresentato dalla ricostruzione dell’interesse legittimo inteso come posizione strumentale all’ottenimento del provvedimento favorevole.

4.2.4 Le pronunce del 2023-2024 e la sentenza n.26080 del 2025

L'orientamento espresso con l'ordinanza del 2020 è stato ripreso dalla maggior parte delle pronunce successive della Cassazione – in particolare, a titolo esemplificativo, si può menzionare Cass. sez. un. n.2175 del 2023, seguita da Cass. sez. un. n.3514 del 2023; Cass. sez. un. n.10880 del 2023; Cass. sez. un. n.13191 del 2024; Cass. sez. un. n.13964 del 2024 – le quali, anche in risposta alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2021, hanno continuato a sostenere la giurisdizione del giudice ordinario di fronte alla domanda di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento incolpevole.

In particolare, le pronunce ora menzionate hanno escluso che, ai fini della determinazione della giurisdizione, possa assumere rilevanza l'introduzione del comma 2 bis dell'art.1 della L. n. 241 del 1990, il quale impone alle parti del rapporto amministrativo di comportarsi secondo il canone di buona fede e collaborazione. La lesione dell'affidamento incolpevole, pertanto, non troverebbe fondamento nella violazione delle regole sul procedimento (a pena quindi di validità), ma nelle regole di diritto comune, collocate in un piano completamente distinto da quello dell'esercizio dell'azione amministrativa.

Seguendo questo ordine di idee, tuttavia, si potrebbe correre il rischio di escludere che “l'esercizio stesso del potere amministrativo possa essere condizionato dal rispetto delle regole di buona fede e correttezza, confinandole nel segmento “privatistico” della vicenda”²⁰³.

La Corte di cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza²⁰⁴ n. 26080 del 2025, si è nuovamente pronunciata sul tema, in una questione avente ad oggetto un permesso edilizio (a demolire e poi a ricostruire) annullato in via giurisdizionale.

²⁰³ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., pp. 49-50.

²⁰⁴ Sentenza Cass. sez. un. 25 settembre 2025, n.26080.

Nel caso di specie, gli attori lamentano la lesione dell'affidamento incolpevole per aver in buona fede confidato nella legittimità del provvedimento ampliativo e richiedono il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento incolpevole.

La Corte innanzitutto ha ribadito che l'affidamento postula una situazione giuridica di diritto soggettivo²⁰⁵ alla correttezza del comportamento dell'amministrazione e non una situazione di interesse legittimo.

La responsabilità per la lesione dell'affidamento “presuppone la delusione della fiducia nella correttezza dell'azione amministrativa, non riconducibile all'interesse legittimo, ma al diritto soggettivo all'autodeterminazione del singolo nelle scelte che compongono impegno di risorse, al riparo da ingerenze illecite o da comportamenti scorretti altrui, la cui protezione si realizza, sul piano positivo, mediante l'imposizione di doveri di comportamento (reciproco), ispirati a buona fede”²⁰⁶.

In tal senso, rileva nuovamente la distinzione fra regole di validità e regole di condotta che “coesistono”²⁰⁷ nello stesso procedimento.

Proprio questa coesistenza, secondo la Corte, non rende anomala la titolarità in capo ad uno stesso soggetto, nel medesimo procedimento, di una situazione di interesse legittimo e di diritto soggettivo; coesistenza che, al contrario, è connatura alla *ratio* della giurisdizione (esclusiva) così come delineata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e dalle norme del codice del processo amministrativo²⁰⁸.

Nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva – proprio in ragione della formazione e della struttura della tipologia di giurisdizione – anche le

²⁰⁵ Punto 4 e ss. in diritto della sentenza. Il fondamento della domanda è dunque individuato nella scorrettezza dell'amministrazione e non l'illegittimità del provvedimento.

²⁰⁶ Punto 5 in diritto della sentenza in esame.

²⁰⁷ Punto 5 e 5.1 della sentenza.

²⁰⁸ Punto 5.1. Si fa riferimento in particolare all'orientamento espresso nella sentenza 191 del 2006 della Corte costituzionale e agli art. 7 e 133 del Codice del processo amministrativo.

controversie aventi ad oggetto il risarcimento del diritto soggettivo in cui si sostanzia la posizione di affidamento, competono al giudice amministrativo in quanto non vi sarebbe incompatibilità tra il fatto che l'amministrazione agisca in veste di autorità e la risarcibilità di una situazione diversa dall'interesse legittimo (diritto soggettivo).

Al di fuori delle materie in giurisdizione esclusiva, il risarcimento spetta al giudice fornito di giurisdizione sulla base del criterio di riparto della *causa petendi*.

Tuttavia, in ogni caso, affinché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo per il risarcimento del danno da affidamento nelle materie in giurisdizione esclusiva, è necessario verificare che la lesione sia collegata almeno in via mediata a comportamenti posti in essere nell'esercizio del potere²⁰⁹.

In tal senso, il provvedimento rappresenta soltanto uno dei fatti costitutivi del risarcimento e rileva “come fattore eziologico del danno, così da degradare a mero comportamento non espressione del potere amministrativo”.

Può dirsi un comportamento connesso al potere amministrativo non quello che “semplicemente è occasionato dall'esercizio del potere o finalizzato all'adozione del potere discrezionale, né quello che si inserisca semplicemente nella sequenza delle attività esitate nel provvedimento, ma solo quello che trovi oggettiva giustificazione e previsione nella norma attributiva del potere e che da essa sia contemplato come oggettivamente necessario per l'attuazione del potere”²¹⁰.

La Corte afferma poi che ulteriori elementi per la definizione della questione emergono dalla disciplina dell'affidamento nel Codice dei contratti pubblici, il D.lgs. n. 36 del 2023²¹¹.

²⁰⁹ Punto 6 della sentenza.

²¹⁰ Punto 6 della sentenza.

²¹¹ Si richiama anche la relazione ministeriale di accompagnamento.

In particolare, l'art. 5, rubricato "principi di buona fede e di tutela dell'affidamento", recita al primo comma: "nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento".

Al secondo comma prosegue: "nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede".

Al terzo comma afferma infine che "in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico".

La previsione dell'art. 5, secondo la Corte, dimostrerebbe il fatto che lesione dell'affidamento possiede in realtà una connessione molto forte con l'esercizio del potere, in base alla quale, dunque, sarebbe giustificabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²¹². E si dice che tale connessione "non si manifesta solo nella materia contrattuale, ma in ogni ipotesi in cui l'esercizio del potere amministrativo può generare affidamento incolpevole e quindi, particolarmente, nell'attività provvedimentale"²¹³.

La Corte afferma pertanto che le condotte dell'amministrazione poste in essere quando è investita del "potere/dovere di provvedere risultano almeno mediatamente ricollegabili al potere esercitato nei singoli casi, proprio in virtù del fatto che il danno da lesione dell'affidamento scaturisce dalla

²¹² Punto 6.1 della sentenza.

²¹³ *Ibidem*.

violazione dei doveri comportamentali” che condizionano il modo in cui il potere dell’amministrazione deve essere speso²¹⁴.

Di conseguenza, anche se non si fa questione della legittimità del provvedimento ampliativo o di annullamento, il potere – che si esprime anche mediante comportamenti – “trova un ulteriore e esplicito limite nelle regole di buona fede e di tutela dell’affidamento, sicché il giudizio sulla responsabilità investe inevitabilmente il modo in cui esso è stato esercitato, anche se non sotto il profilo delle regole di validità”²¹⁵.

Le regole di validità e le regole di comportamento, dunque, investirebbero elementi differenti della medesima vicenda con il privato, ma non sarebbero inconciliabili: distinti sarebbero i rimedi nell’eventualità della loro violazione.

La buona fede, che informa i rapporti tra privato di amministrazione, si configura, in tal senso, quale “regola di condotta e metro di valutazione” di comportamenti che, anche se non tipizzati espressamente dalla norma attributiva del potere, siano espressione diretta o indiretta dell’esercizio del potere stesso e danno luogo a responsabilità per danni anche in caso di provvedimento negativo legittimo²¹⁶.

I comportamenti che rilevano, tuttavia, non sono solo quelli attuativi del provvedimento già emesso, ma anche quelli posti in essere nella dinamica procedimentale come le rassicurazioni o informazioni che l’amministrazione

²¹⁴ Punto 6.1 della sentenza in cui si dice che nella fattispecie complessiva che ha determinato la lesione, le condotte che hanno causato un affidamento incolpevole, poi deluso, non sono disancorate dal potere, (...)ma trovano in tale attività di natura amministrativa la propria ragion d’essere”. Concorrono a conformare l’attività amministrativa e “si declinano in tale settore con modalità coerenti con le peculiarità del rapporto giuridico preso in considerazione”.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*: questo perché non vi è lesione dell’interesse legittimo ma del diritto soggettivo protetto dall’affidamento. L’interesse legittimo, secondo la ricostruzione della Corte, sarebbe comunque da individuarsi.

abbia reso al privato, inducendolo a compiere determinate azioni, nel convincimento incolpevole di un risultato a lui favorevole²¹⁷.

Anche in questa pronuncia, la Corte ribadisce – diversamente dal Consiglio di Stato – che l'affidamento si qualifica non come un principio, ma come una situazione giuridica di diritto soggettivo da cui derivano pretese comportamentali basate sulla buona fede.

Inoltre, si evidenzia nuovamente il fatto che l'affidamento incolpevole può originare non solo da provvedimenti ma anche da comportamenti come le “rassicurazioni”, spese nel corso del procedimento in cui si colloca il rapporto con il destinatario.

Tuttavia, a differenza delle pronunce precedenti della Cassazione, la sentenza introduce un importante elemento di novità.

Per la prima volta la Corte afferma infatti la giurisdizione del giudice amministrativo per il risarcimento del danno da affidamento incolpevole nelle materie di giurisdizione esclusiva, laddove vi sia un collegamento almeno mediato con l'esercizio del potere amministrativo.

E, alla luce delle parole della Corte, risulta difficile negare un collegamento con l'esercizio del potere in tali situazioni, come dimostrerebbe il codice de Contratti pubblici.

Il riconoscimento di tale connessione²¹⁸, non provocherebbe però una diminuzione di tutela per il privato, ma, al contrario, comporterebbe una conseguenza fondamentale: il potere stesso è limitato, oltre che dalle regole del procedimento, anche dagli obblighi che derivano dalla buona fede e, dunque, dall'affidamento.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ Già le sentenze del Consiglio di Stato avevano rilevato tale connessione senza, tuttavia, trarne tutte le conseguenze.

5 Elementi per un ripensamento dell'affidamento tutelabile alla stregua del diritto europeo

La nozione eurounitaria di affidamento, così come elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, senza dubbio presenta profili di differenza dalle impostazioni nazionali: la disciplina dell'annullamento d'ufficio contenuta nella legge sul procedimento amministrativo ne costituisce forse l'esempio più paradigmatico.

L'impostazione dei giudici europei – come si è cercato di evidenziare nel corso di questo Capitolo – si articola, in particolare, su due elementi, fra loro complementari.

Da un lato, il valore imprescindibile accordato al principio di legalità, che comporta l'impossibilità di una tutela dell'affidamento formatosi *contra legem*: le condizioni per il ritiro dei provvedimenti, pertanto, variano a seconda della sua legittimità.

Dall'altro, la centralità riconosciuta alla condotta dell'amministrazione nel fondare la fiducia, mediante il criterio delle rassicurazioni e, conseguentemente, la possibilità di “consumare la discrezionalità” anche solo attraverso queste ultime, senza la necessaria presenza di un provvedimento, posto che l'affidamento si forma “in ambiti caratterizzati da incertezza”.

Inoltre, la prospettiva sovranazionale valorizza in modo preponderante soluzioni fondate su un approccio concreto e casistico: i giudici europei, di volta in volta, valutano gli interessi in gioco, senza risposte precostituite.

Una maggior rilevanza è assegnata poi alla distinzione fra atti ad effetti favorevoli e atti ad effetti negativi, sulla scorta di quanto avviene nel diritto tedesco. Anche nell'elaborazione di Merusi – come già ricordato – tale differenziazione assume una valenza centrale per individuare le situazioni di affidamento effettivamente meritevoli di tutela.

Quanto invece alla prospettiva interna, nel quadro normativo attuale, in particolare nella disciplina dell'annullamento d'ufficio, il rapporto tra

affidamento e legalità non risulta ben definito²¹⁹. Alcune ricostruzioni – come evidenziato nel primo capitolo – hanno infatti proposto di individuare quale interesse meritevole di tutela nell’ambito dell’autotutela, non l’affidamento sulla stabilità/legittimità degli effetti del primo provvedimento, ma il diritto al corretto scioglimento della chance legale²²⁰, con conseguenti pretese risarcitorie.

Anche i giudici nazionali hanno poi recepito la distinzione – avanzata nel dibattito scientifico – tra affidamento legittimo e affidamento incolpevole: nelle controversie ora esaminate, il soggetto agente lamenta infatti la lesione dell’affidamento incolpevole per violazione degli obblighi comportamentali derivanti dalla buona fede, e non contesta la legittimità del provvedimento di secondo grado.

Si tratta, per la maggior parte, di questioni originate dall’annullamento giurisdizionale di provvedimenti favorevoli ma illegittimi per i destinatari: permessi a costruire, concessioni edilizie, aggiudicazioni nell’ambito di procedimenti ad evidenza pubblica.

In tali circostanze, recenti sono invece i richiami della giurisprudenza nazionale, soprattutto ordinaria, al criterio delle rassicurazioni.

Nella prospettiva interna, sembrano infatti emergere più resistenze a riconoscere un affidamento rilevante, con conseguente effetto consumativo della discrezionalità, ad opera dei soli comportamenti.

Progressivamente, tuttavia, anche i giudici nazionali hanno ammesso la configurabilità in capo al privato un affidamento incolpevole fondato solo sulle condotte scorrette e contraddittorie dell’amministrazione, anche in assenza di qualsivoglia provvedimento (Ordinanza Cass. sez. un. n. 8236 del 2020).

²¹⁹ Per ulteriori approfondimenti, si veda il Capitolo I.

²²⁰ Si confronti il Capitolo I.

Per quanto attiene all'individuazione della giurisdizione per il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento incolpevole – uno degli elementi di maggior criticità nel dibattito fra i due Giudici – la contrapposizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo sembra essersi attenuata dalla posizione espressa dalla Cassazione con la sentenza n. 26080 del 2025.

Elementi di divergenza persistono invece per quanto attiene alla natura dell'affidamento. La posizione della Corte di cassazione, rispetto al Consiglio di Stato, ha il pregio di qualificare l'affidamento non come principio, ma come vera e propria situazione giuridica, anche se di diritto soggettivo, da cui derivano pretese tutelabili e azionabili²²¹.

Al contrario, per quanto attiene al collegamento tra danno da affidamento incolpevole e esercizio del potere, l'impostazione del Consiglio di Stato e quella della Cassazione sembrano ora essere concordi, sempre sulla scorta della distinzione fra norme di validità e norme di condotta.

Allo stesso tempo, alla luce della casistica esaminata, viene da chiedersi nuovamente se il rimedio del risarcimento per equivalente rappresenti la forma di tutela più adeguata nelle ipotesi di lesione dell'affidamento incolpevole o se sia possibile, alla stregua del diritto europeo e degli indici derivanti dall'ordinamento nazionale, individuare dei rimedi alternativi, caratterizzati da maggiore effettività.

Di fronte alla richiesta del privato di un atto favorevole, in presenza di comportamenti o rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti che provengano da fonti autorizzate ed affidabili e che siano in grado di ridurre i margini di incertezza, potrebbe essere ammissibile una condanna in forma specifica dell'amministrazione qualora sia rimasta inerte ovvero laddove abbia provveduto in senso "sfavorevole" all'istante.

²²¹ Resta invece più critica, per tutta la giurisprudenza nazionale, la nozione di interesse legittimo.

Capitolo III Ammissibilità della tutela in forma specifica nelle ipotesi di danno da lesione dell'affidamento "incolpevole"

1 Atti ampliatori, affidamento ed effettività della tutela - 2 Diritto vivente e principio di (in)esauribilità del potere amministrativo: profili di criticità e possibili "temperamenti" - 2.1 Gli orientamenti dottrinali - 2.1.1 Gli sviluppi più recenti - 2.2 L'impostazione giurisprudenziale del "one shot" temperato - 2.3 Il dato normativo: l'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 - 3 L'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto - 3.1 La tutela di condanna: aspetti generali - 3.2 Gli elementi costitutivi dell'azione - 3.3 I limiti al rilascio del provvedimento richiesto - 3.4 Il comportamento della P.A. e il problema della vincolatezza in concreto: l'autovincolo - 4 Le tipologie di autovincolo rilevante: le assicurazioni europee e le altre condotte fondative dell'affidamento - 4.1 Le assicurazioni quali comportamenti idonei a realizzare un effetto consumativo della discrezionalità - 4.2 Il ruolo della buona fede quale norma di condotta a fronte dell'inadempimento dell'amministrazione

1 Atti ampliatori, affidamento ed effettività della tutela

Parte dell'elaborazione scientifica sull'affidamento, già prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, rilevava come l'apparto rimediale previsto nei casi di lesione interessi legittimi pretensivi risultasse spesso inadeguato¹ in quanto garantiva la stabilità della decisione giudiziale e conseguentemente una soddisfazione effettiva della situazione giuridica fatta valere.

Questo poteva accadere sia a fronte di un provvedimento di diniego dell'amministrazione, che a fronte di una condotta di silenzio-inadempimento.

Da un lato, infatti, nelle ipotesi di richiesta di un provvedimento favorevole – qualora l'amministrazione avesse ingenerato con la propria condotta un affidamento sull'esito positivo della vicenda e avesse poi provveduto in

¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento delle parti. Dagli anni 30', all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001. In particolare, p. 273 e ss. Cfr. Capitolo I. Si veda anche P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini in diritto processuale amministrativo*, 1/2017, pp. 1-43. In particolare, l'A. ricorda come, tra gli anni 70' e 80', molti autori (M. Nigro, G. Greco, F. Merusi) avevano manifestato la necessità di introdurre un'azione di adempimento nel processo amministrativo.

senso opposto, non accogliendo l'istanza – la tutela costitutiva di annullamento non apportava alcun risultato soddisfacente per il ricorrente.

La sentenza, accertati i vizi, si limitava a eliminare dal mondo giuridico l'atto di diniego illegittimo, esponendo al rischio un nuovo esercizio del potere sempre in senso negativo².

Pertanto, il privato, che – in forza delle aspettative ingenerate dai comportamenti inequivoci dell'amministrazione – poteva aver effettuato degli investimenti o intrapreso iniziative di carattere economico, confidando nell'esito positivo della vicenda, restava comunque privo del “bene della vita” (il provvedimento richiesto).

Dall'altro lato, analoghi elementi di criticità, si verificavano anche laddove l'amministrazione, dopo aver generato un affidamento “ragionevole” durante il procedimento, fosse rimasta inerte, non rilasciando il provvedimento ampliativo “promesso”³ al richiedente.

In tali situazioni, si iniziò allora a sostenere che soltanto una sentenza di condanna in forma specifica, o, più precisamente, al rilascio del provvedimento richiesto⁴, potesse rappresentare il rimedio più idoneo a tutelare in modo effettivo la situazione giuridica lesa.

² *Ibidem*: “la tutela dell'affidamento che si traduce nella possibilità di ottenere l'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento amministrativo che disattenda l'affidamento ingenerato da un precedente atto o comportamento, non appare sufficiente nei casi in cui l'affidamento assume la forma di aspettativa di un provvedimento favorevole al cittadino”. Difatti, l'effetto conformativo aveva portata limitata.

³ *Ivi*, p. 170-171. In tali ipotesi, l'A. rilevava che, in mancanza di un'azione di adempimento, l'unica forma di tutela era rappresentata dall'impugnazione del silenzio opposto dall'amministrazione di fronte alla richiesta del provvedimento, che risulta però del tutto inidoneo. Cfr. anche P. CERBO, *L'azione*, cit., p.3 che ricorda appunto che le carenze di tutela emergevano soprattutto nelle ipotesi di inerzia in quanto, nelle ipotesi di diniego illegittimo del provvedimento favorevole, l'effetto conformativo della sentenza di annullamento e il giudizio di ottemperanza, erano comunque in grado di supplire alla mancanza di rimedi specifici.

⁴ *Ivi*, p. 273: “una piena tutela dell'affidamento può conseguire soltanto ove siano introdotti strumenti giuridici atti a costringere la pubblica amministrazione a emanare il provvedimento promesso.”

Questo originario vuoto di tutela, dovuto alla mancanza di un'azione di adempimento nella fisionomia del processo amministrativo, è stato in parte colmato con le disposizioni del D.lgs. n. 104 del 2010⁵, che hanno ampliato l'apparato rimediale disponibile nell'ambito del rapporto amministrativo, introducendo, tra le altre, un'azione avverso il silenzio⁶ e un'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto⁷.

Ciononostante, come si è ricordato nel Capitolo I, l'impostazione attualmente prevalente in tema di danno da lesione dell'affidamento incolpevole individua nella sentenza di condanna per equivalente lo strumento di tutela più idoneo a garantire la posizione privata per le ipotesi ora menzionate.

Parimenti, anche le posizioni espresse dalla giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, risultano orientate verso la medesima soluzione (Capitolo II).

Nondimeno, tanto la Cassazione quanto il Consiglio di Stato, hanno progressivamente ammesso la risarcibilità del danno da lesione dell'affidamento incolpevole anche nelle ipotesi in cui nella fattispecie causativa del danno non sia presente un provvedimento, ma solo comportamenti contrari alla regola di buona fede.

Non mancano, tuttavia, anche fra le elaborazioni più recenti, ricostruzioni⁸ che sostengono che, in certi casi, soltanto una tutela di condanna in forma specifica – al ricorrere di condizioni precise e nel rispetto dei requisiti previsti dalla legge – possa rappresentare il rimedio più adeguato ai fini

⁵ D.lgs. 2 luglio del 2010, n. 104.

⁶ Art.31 comma 1 del Codice del processo amministrativo.

⁷ Art.31 comma 3 e 34 comma 1 lett. c del Codice del processo amministrativo, introdotto con il secondo correttivo al codice nel 2012.

⁸ G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023. In particolare, pp. 218-221. Si è già dato conto del percorso di questa ricostruzione nel Capitolo I.

accordare a colui che richiede un provvedimento favorevole “tutto quello e proprio quello” cui ha diritto sulla base del diritto sostanziale.

In accordo con questo ordine di idee, tale prospettiva ritiene che le condotte poste in essere dall'amministrazione durante il procedimento, qualora siano idonee – sulla scorta del diritto europeo – a fondare un affidamento rilevante sull'esito favorevole della vicenda, possano portare ad una consumazione della discrezionalità.

Di conseguenza, laddove l'amministrazione deluda l'affidamento, provvedendo in senso contrario o rimanendo inerte, incorrerebbe in una forma di inadempimento, rimediabile anche mediante una condanna al *facere* specifico, che l'ordinamento consente di esperire qualora i margini di discrezionalità risultino esauriti.

Difatti, posto che la violazione delle regole di buona fede e correttezza⁹ non investe il piano della validità del provvedimento, ma innesca solo pretese di tipo riparatorio, i caratteri peculiari del rapporto che si sviluppa tra amministrazione e privato consentono di accedere a una tutela di condanna in forma specifica¹⁰, anche laddove l'attività sia in origine discrezionale¹¹.

Differentemente da quanto accade nei rapporti interprivati¹², nell'attività discrezionale il contenuto della pretesa finale è infatti connesso all'esercizio del potere: in questa dinamica relazionale “sono i comportamenti attraverso cui l'amministrazione ‘impegna’ la propria discrezionalità che rilevano

⁹ Si è già detto nel Capitolo I come, anche nel rapporto amministrativo, risulti funzionale la distinzione fra regole di validità e regole di condotta, cui afferisce la buona fede. L'operatività della distinzione è confermata dalla giurisprudenza richiamata nel Capitolo II.

¹⁰ Come si è già rilevato nel Capitolo I, nei rapporti interprivati e, in particolar modo nelle trattative precontrattuali, in cui non vi è quasi mai un obbligo di conclusione del contratto, gli obblighi di protezione non interagiscono con la pretesa principale. Al contrario, nel rapporto amministrativo la volontà è “procedimentalizzata”. “Nel rapporto amministrativo, l'affidamento genera una pretesa alla correttezza che non pare essere autonoma rispetto alla soddisfazione dell'interesse legittimo (che rappresenta la prestazione finale).” G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 219-220.

¹¹ Posto che un affidamento è configurabile “negli spazi di incertezza, cfr. Capitolo II.

¹² Cfr. Capitolo I.

ai fini dell'affidamento, in quanto possono generare nel privato la legittima convinzione che il procedimento sia destinato a concludersi in un modo a lui favorevole¹³”.

Come si cercherà di evidenziare nel corso di questo capitolo, è proprio per effetto delle condotte “inequivoche” dell'amministrazione – spese nel corso del procedimento e fondative dell'affidamento in capo al privato – che può risultare che la discrezionalità, all'esito de procedimento stesso, sia esaurita, aprendo all'ammissibilità della tutela di condanna in forma specifica.

In questa prospettiva, se *de iure condito* non residuano ostacoli alla configurabilità di un affidamento incolpevole fondato sulle sole condotte dell'amministrazione, resta da comprendere quale sia la natura dei comportamenti (in *species*, di rassicurazioni) idonei a consumare la discrezionalità nel procedimento ai fini dell'esperimento dell'azione di cui gli articoli 31 comma 3 e 34 comma 1 lett. c) del Codice del processo amministrativo.

In tale logica, preliminarmente, è necessario dar conto che il nostro ordinamento, alla stregua diritto vivente, conosce oggi diverse ipotesi in cui si può giungere a una consumazione del potere discrezionale dell'amministrazione per effetto del suo esercizio nel corso del procedimento o del processo, provocando così il passaggio da un'attività discrezionale a un'attività vincolata in concreto.

2 Diritto vivente e principio di (in)esauribilità del potere amministrativo: profili di criticità e possibili “temperamenti”

Ciononostante, l'impostazione prevalente¹⁴ ha per lungo tempo sostenuto la vigenza nel rapporto amministrativo di un principio di inesauribilità

¹³ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 220.

¹⁴ Tale impostazione, come si vedrà, era avallata dalla normativa vigente al tempo che faceva salvo il riesercizio del potere dell'amministrazione dopo la sentenza di annullamento.

del pubblico potere, con l'effetto però di limitare fortemente l'effettività della tutela, soprattutto nelle ipotesi di richiesta di un provvedimento favorevole¹⁵.

Il carattere inesauribile si concretizza, infatti, nella facoltà dell'amministrazione – dopo la sentenza di annullamento che accoglie il ricorso del privato – di riesercitare il potere potenzialmente per un numero indefinito di volte, adducendo motivi ostativi differenti da quelli che hanno portato all'annullamento, magari già esistenti e non dedotti e negando, in tal modo, nuovamente il provvedimento favorevole per l'istante.

Così operando, l'amministrazione che, per così dire, esercita la sua funzione “a rate”¹⁶, impedirebbe una soddisfazione piena ed effettiva della situazione giuridica fatta valere dal ricorrente sotto il profilo della certezza e della stabilità del giudicato.

D'altro canto, la facoltà di riesercitare del potere è stata per lungo espressamente prevista dalla legge che, all'art. 45 del Testo unico del 26 giugno 1924, n. 1054, faceva salvi “gli ulteriori provvedimenti dell'Autorità amministrativa”¹⁷, oggi eliminato.

2.1 Gli orientamenti dottrinali

La questione circa l'inesauribilità del potere amministrativo emerge già a partire dall'ultimo decennio del XIX secolo in riferimento al dibattito sulla natura della giurisdizione amministrativa della IV sezione del Consiglio di

¹⁵ Sul tema si veda, *ex multis*, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989. Si veda anche B. GILBERTI, *Appunti per una riflessione di tema di stabilità del giudicato nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022, pp. 1-20. L.R. PERFETTI, *Processo e potere nel prisma del giudicato amministrativo: l'asimmetria ribaltata. Rileggendo la voce “Giudicato amministrativo” di Feliciano Benvenuti* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022, pp. 181-206. V. CERULLI-IRELLI, *Verso nuovi assetti del potere amministrativo e della tutela delle situazioni protette?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2021, pp. 515-528.

¹⁶ A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una di discrezionalità* in *Diritto amministrativo*, 1/2023, pp. 29-58, in particolare, pp. 31-32.

¹⁷ La previsione oggi non è stata eliminata, cfr. M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2023, p.173 e ss.

Stato, creata con la legge Crispi¹⁸ del 1889 per accordare una forma di tutela agli “altri affari”¹⁹ non devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario²⁰.

Da un lato, vi era chi sosteneva che la IV Sezione doveva qualificarsi quale organo del contenzioso amministrativo, sulla scorta del sistema previgente, in accordo con una concezione oggettiva della tutela: il processo amministrativo, in tal senso, non aveva a oggetto la situazione giuridica soggettiva fatta valere, ma l’atto amministrativo ed era volto a verificare la conformità di quest’ultimo alla legge²¹.

Dall’altro, vi era chi invece ne sosteneva la natura giurisdizionale²².

Nell’ambito di questa contrapposizione, si inserisce, come anticipato, il tema dell’esauribilità del potere dell’amministrazione e dell’estensione oggettiva del giudicato.

Entrambe le posizioni, infatti, nonostante le prospettive divergenti sul tema dell’estensione soggettiva del giudicato²³, per quanto atteneva la

¹⁸ Legge 31 marzo del 1889, n. 5992.

¹⁹ Cfr. L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2025, p. 21 e ss.. Ai sensi dell’art. 3 dell’Allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248, gli “altri affari”, differenti dai diritti soggettivi (civili e politici), venivano attribuiti alle autorità amministrative. In tal senso, gli affari che non assurgevano a diritti venivano attribuiti all’amministrazione pura o attiva.

²⁰ L. DI BENEDETTO, *L’esauribilità della discrezionalità amministrativa tra buona fede e effettività della tutela*, in *Foro amministrativo*, 2/2022 pp 247-268, in particolare p. 248 e ss.. L’A. ricorda come nel sistema previgente al 1865, in cui vi erano i tribunali del contenzioso, il problema fosse sconosciuto in quanto tali organi svolgevano funzioni di amministrazione attiva e non giurisdizionali. L’allegato E (“legge sul contenzioso amministrativo”) della legge 20 marzo 1865 n. 2248, aveva infatti abolito i tribunali del contenzioso amministrativo (art. 1 allegato E) e devoluto alla giurisdizione ordinaria le cause per contravvenzione e tutte le materie nelle quali si faceva questione di un diritto civile o politico “comunque vi potesse essere interessata la pubblica amministrazione” (art.2).

Cfr. L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 25 e ss.

²¹ L. FERRARA, cit., p. 39 e ss.

²² *Ivi*, p. 47. Il dibattito è stato poi superato in via legislativa dalla legge 7 marzo 1907, n. 62, con cui il legislatore ha introdotto la IV Sezione sempre con “funzioni giurisdizionali”. La Corte di cassazione già prima dell’intervento legislativo aveva sostenuto la natura giurisdizionale della IV Sezione. Si vedano in particolare, Cass. 21 marzo 1892, Cass. 21 marzo 1893, Cass. Sez. Un. 12 dicembre 1901.

²³ L. DI BENEDETTO, *L’inesauribilità*, cit., p. 250. Elementi di differenza si ravvisavano in relazione alla connotazione soggettiva del giudicato. Per i sostenitori della concezione

questione dei limiti oggettivi giudicato, convergevano nella medesima soluzione²⁴: in caso di accoglimento del ricorso, si riteneva che vi fosse soltanto un obbligo in capo all'amministrazione di non riprodurre il contenuto dell'atto caducato, ma non si prevedeva alcun tipo di limite o vincolo – a pena di validità – al riesercizio del potere.

Si assisteva, pertanto, ad una “rieffusione illimitata” del potere, tutta a svantaggio del cittadino, quale ulteriore conseguenza di una concezione “verticalistica” e asimmetrica del rapporto fra privato e pubblici poteri

La modifica dell'assetto ordinamentale, dovuta all'entrata in vigore della Carta costituzionale, cui si accompagna la parificazione della tutela degli interessi legittimi ai diritti soggettivi²⁵ (art. 24 e art. 113 della Costituzione), ha reso necessario – come si è già evidenziato – un ripensamento del rapporto amministrativo.

amministrativa, la decisione del Consiglio di Stato aveva valenza *erga omnes*; per coloro che invece sostenevano la natura giurisdizionale, la pronuncia aveva valenza *inter partes*.

²⁴ *Ivi*, p. 250 e ss. Più specificatamente infatti - senza entrare nel merito delle ragioni a favore dell'una o dell'altra posizione - secondo la tesi coloro che affermavano la qualifica amministrativa della IV Sezione, il Consiglio di Stato non emanava una pronuncia equiparabile ad una sentenza, ma un atto che, essendo definito come “una decisione”, era assimilabile ad un provvedimento amministrativo. Coloro che, al contrario, sostenevano la connotazione giurisdizionale della IV Sezione - benché maggiormente attenti ai profili dell'imparzialità della giurisdizione, della definitività delle decisioni, del contraddittorio e più vicini alle riflessioni del processo civile - quanto alla dimensione oggettiva del giudicato, accolsero la medesima soluzione della “corrente amministrativa”. Recuperando la distinzione civilistica fra diritti autodeterminati e eterodeterminati, le posizioni prevalenti qualificavano il potere di impugnativa come diritto etero determinato e, pertanto, “la p.a. sarebbe stata facoltizzata ad emanare, a seguito del giudicato costitutivo, un nuovo provvedimento non satisfattivo, radicato su nuove motivazioni, persino se preesistenti. La *res iudicata*, infatti, in quanto figlia di una domanda non autodeterminata, coprirebbe solo le singole doglianze mosse dal ricorrente, accolte (o rigettate) le quali il vincolo di giudicato non ridonderebbe su altri elementi”. Di conseguenza, l'amministrazione, dopo la prima “decisione” di accoglimento del ricorso del privato da parte del giudice amministrativo, avrebbe potuto emanare un nuovo provvedimento avanzando motivi di rigetto differenti da quelli censurati dal giudice.

²⁵ F. BENVENUTI, voce “*Giudicato*” (dir. amm.) in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 910, in cui l'A. afferma che, alla luce del nuovo ordinamento delineato dalla Carta Costituzionale che equipara gli interessi legittimi ai diritti soggettivi, sotto il profilo della tutela, non è più tollerabile un giudizio amministrativo meramente impugnatorio-demolitorio.

Si è conseguentemente manifestata l'esigenza di prevedere dei "temperamenti" al carattere inesauribile del potere amministrativo, in una *ratio*, in primo luogo, di certezza e stabilità delle decisioni, ma, soprattutto, al fine di assicurare una tutela effettiva e soddisfattiva alla posizione privata.

In tale prospettiva, un primo elemento di "contenimento" del potere è rappresentato dal cosiddetto effetto conformativo della sentenza di annullamento.

Tradizionalmente, infatti, come rilevato all'inizio del capitolo, l'annullamento pronunciato dal giudice amministrativo aveva solo effetti eliminatori, ossia di rimozione del provvedimento illegittimo emanato dall'amministrazione²⁶. Quest'ultima, dopo la sentenza, avrebbe potuto certamente riesercitare il potere, avendo esclusivamente una preclusione sui vizi di legittimità accertati.

Successivamente, in nome di esigenze di effettività della tutela, grazie all'apporto dell'elaborazione scientifica e della giurisprudenza, si è aggiunto un ulteriore effetto della sentenza costitutiva: l'effetto ordinatorio-ripristinatorio²⁷.

Si pensi, a titolo esemplificativo, a un decreto di esproprio illegittimo: la sola eliminazione del provvedimento viziato non era infatti in grado di tutelare il ricorrente dalle alterazioni o dalle perdite che eventualmente potevano essersi verificate.

Di conseguenza, in virtù del carattere retroattivo dell'annullamento, si è iniziato a sostenere che dalla sentenza, oltre all'effetto demolitorio, sorgesse un obbligo per l'amministrazione soccombente di ripristinare lo *status quo ante*, cioè la situazione di fatto e di diritto che ci sarebbe stata se non fosse intervenuto il provvedimento illegittimo²⁸.

²⁶ L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 176 e ss.

²⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1976.

²⁸ *Ivi*, p. 386. L'obbligo dell'amministrazione discende da un vero e proprio ordine di adeguamento della situazione di fatto e di diritto alla situazione giuridica costituita dalla

Tuttavia, nelle ipotesi di diniego illegittimo di un provvedimento amministrativo ossia, più in generale, in presenza di interessi legittimi pretensivi, il ricorrente continuava a non trarre alcuna utilità pratica dalla sentenza di annullamento.

Infatti, da un lato, questi, dopo la sentenza, comunque non riceveva il provvedimento richiesto e, dall'altro, la produzione degli effetti positivi restava subordinata alla volontà dell'amministrazione, la quale, nel riesercizio del potere, poteva far valere nuovi motivi ostativi non dedotti precedentemente, con conseguente necessità di una nuova impugnazione²⁹ e di un nuovo processo di cognizione.

Alcune ricostruzioni³⁰ hanno allora iniziato a ipotizzare l'introduzione di un secondo "correttivo" alla sentenza di annullamento: l'effetto conformativo, il quale consiste nell' "identificazione da parte del giudice del modo corretto di esercizio del potere"³¹.

In tal senso, dalla sentenza discende(va) un vero e proprio "vincolo" per l'amministrazione di conformarsi alle regole fissate dall'accertamento contenuto dalla sentenza stessa³².

pronuncia, che discenderebbe direttamente dal giudicato. "La ripristinazione implica la cancellazione (nei limiti del possibile) delle modificazioni della realtà giuridica e di fatto intervenute per effetto dell'annullamento, e cioè, l'adeguamento dello stato di fatto e di diritto, esistente al momento della pronuncia giurisdizionale e venuto in vita sulla base dell'atto impugnato, alla situazione giuridica prodotta dalla pronuncia stessa".

²⁹ L. FERRARA, *Lezioni*, cit., p. 96-97 e p. 178. La legge istitutiva dei T.a.r. 6 dicembre del 1971, n. 1034 e l'art. 45 del T.U. delle Leggi sul consiglio (Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054) di stato facevano infatti salvi "gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa", cosicché "il processo amministrativo rappresentava solo 'una parentesi' tra l'attività amministrativa esercitata prima e quella esercitata dopo di esso". Si veda anche M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit.

³⁰ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.

³¹ M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit. p. 72 e ss.

³² M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 387. Cfr. anche L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 179: la sentenza di annullamento in questo senso assumeva contenuti tipici anche di una sentenza di condanna. L'A. ricorda come, al contrario, la giurisprudenza in quegli stessi anni, riteneva che, ai fini dell'annullamento, fosse sufficiente "accertare" anche solo un unico vizio di legittimità, il quale avrebbe "assorbito" tutti gli altri, senza però accertarli (assorbimento improprio). In questo modo non si verifica l'effetto preclusivo, né quello conformativo per i vizi non accertati.

Tuttavia, restava aperto in ogni caso il problema del riesercizio del potere per la parte (i vizi) non coperta da giudicato³³.

2.1.1 Gli sviluppi più recenti

Molte delle elaborazioni più recenti hanno allora tentato di individuare dei temperamenti più incisivi al fine di “contenere” o “modulare” il riesercizio del potere amministrativo, in una logica di passaggio da un giudizio sull’atto a un giudizio sul rapporto.

Come anticipato nel paragrafo precedente, non solo l’esercizio illimitato del potere pone un problema di instabilità del giudicato, ma anche e soprattutto di incertezza in relazione all’esito del procedimento e dunque della situazione giuridica fatta valere (sia che si consideri l’interesse legittimo come pretesa al bene finale, sia come diritto al corretto scioglimento della possibilità normativa)³⁴.

Si rileva come vi sia ancora “un *vulnus* al principio dell’effettività della tutela, che non dipende (non può dipendere) dalla non satisfattività del processo cognitorio in sé per sé considerato, quanto alla tutela costitutiva e al suo oggetto³⁵”, in quanto, la *causa petendi* dell’azione di annullamento continua ad essere individuata nei vizi di legittimità del provvedimento, fatti valere dal ricorrente (peraltro, con il rischio di assorbimento) e non nella situazione giuridica sostanziale³⁶.

Alcune ricostruzioni hanno pertanto proposto di estendere anche al giudizio amministrativo il principio di matrice processual-civilista per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile³⁷.

³³ *Ivi*, p. 395.

³⁴ L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, p. 209.

³⁵ *Ivi*, p. 210.

³⁶ *Ivi*, p. 211 in cui l’A. afferma che il deficit di tutela non verrà meno fintanto che non si riconoscerà natura di diritto di credito all’interesse legittimo.

³⁷ Questa impostazione era emersa già da alcune impostazioni nel secolo scorso (*ex multis*, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit.; G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro Italiano*, 7-8/1989), ed è stata recuperata

In tal modo, dalla statuizione contenuta nella sentenza deriverebbe un effetto preclusivo sia per il “dedotto” in giudizio, sia per tutti i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi esistenti ma non dedotti³⁸, impedendo all’amministrazione di dedurli in un secondo momento.

Il Consiglio di Stato ha, tuttavia, escluso l’applicabilità di tale principio per “le peculiarità connaturate al processo amministrativo”³⁹: per il “deducibile” sarebbe dunque necessario un nuovo giudizio di cognizione.

Altre impostazioni sostengono invece la vigenza nel nostro ordinamento di una vera e propria regola⁴⁰ che imporrebbe un divieto di *bis in idem* per l’azione amministrativa: una volta emanato il provvedimento l’amministrazione non potrebbe “tornare sui suoi passi”.

In accordo con questa ricostruzione, il potere amministrativo sarebbe normativamente strutturato in modo da non poter essere esercitato per più di una volta nei confronti del medesimo rapporto giuridico⁴¹.

Il fondamento di tale preclusione andrebbe individuato nell’articolo 3 della Legge n. 241 del 1990 (rubricato “motivazione del provvedimento”), il quale impone che la motivazione indichi “i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria” (comma 1).

Secondo tale impostazione, il disposto dell’art. 3 andrebbe interpretato nel senso che “i presupposti e le ragioni di diritto da indicare nella motivazione sono tutti quelli, eventualmente concorrenti, sui quali si fonda la scelta

poi da elaborazioni più recenti (S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2020, pp.805-861). In particolare, si sostiene la necessità di prevedere vincoli ulteriori, rispetto all’effetto ripristinatorio e a quello conformativo, che espliciti e propri effetti anche sugli altri “presupposti”. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 74 e p. 185 e ss.

³⁸ S. MENCHINI, op. cit., p. 821.

³⁹ Sent. Cons. Stat. Ad. Plen. 15 gennaio 2013, n. 2.

⁴⁰ M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo, Profili critici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

⁴¹ *Ivi*, cit., p. 238.

effettuata in relazione alle risultanze dell'istruttoria" e non "soltanto quelli sufficienti a giustificarla"⁴².

Dunque, qualora l'amministrazione non adempia all' "onere" di individuare tutti i fatti costitutivi dell'esercizio del potere, discenderebbe dall'art. 3 un effetto preclusivo sul riesercizio del potere stesso⁴³.

Nondimeno, questa prospettiva è stata oggetto di alcune critiche.

Innanzitutto, un primo di perplessità è rappresentato dal fatto che il divieto di *bis in idem* prospettato per l'amministrazione viene ricavato in via interpretativa, non essendo tipizzato dalla legge alcun effetto preclusivo derivante dall'art. 3 della L. n. 241.

In secondo luogo, la preclusione non sembra avere una portata generale in quanto ne resterebbero fuori "i segmenti di discrezionalità che non sono coperti dal giudicato, o per meglio dire, dall'effetto conformativo della sentenza". Tant'è che la stessa tesi afferma la necessaria presenza di deroghe alla regola generale, come, per esempio, nelle ipotesi di annullamento per carenza di istruttoria.

Vi è chi allora ha proposto una soluzione più "flessibile"⁴⁴, affermando la vigenza non di una regola preclusiva a carattere generale, bensì di un tendenziale principio di esauribilità del potere da verificare nei singoli casi concreti.

In particolare, in accordo con questa elaborazione, andrebbe valutata, da un lato, "la ricostruzione del caso quale si è avuto per l'effetto dell'agire dell'amministrazione"; dall'altro "l'andamento della controversia in sede processuale".⁴⁵

⁴² *Ivi*, cit., p. 232.

⁴³ Le riporta A. ZITO, op. cit., p. 35 e ss.

⁴⁴ In particolare, tra gli altri, A. ZITO, op. cit., p. 36.

⁴⁵ *Ibidem*. L'A. ritiene tuttavia che la consumazione mal si attagli alla categoria dell'attività discrezionale e che, invero, sarebbe più opportuno parlare di un potere discrezionale che viene "addomesticato".

2.2 L'impostazione giurisprudenziale del “one shot” temperato

Anche a livello giurisprudenziale si è ormai consolidato un orientamento che persegue sempre la medesima finalità: evitare che “l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale”⁴⁶.

Si fa riferimento al criterio del cosiddetto “one shot temperato”⁴⁷ che consiste in una sorta di preclusione per la quale l'amministrazione, dopo il primo giudicato di annullamento, avrebbe soltanto una seconda possibilità di “riesercitare il potere” in senso sfavorevole al privato, dovendo riesaminare “l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato”⁴⁸.

Dopo la seconda sentenza di annullamento, “maturerebbe una definitiva preclusione quanto all'assunzione di decisioni di tal fatta”⁴⁹, che potrebbe comportare l'esperibilità dell'azione di condanna al rilascio del provvedimento⁵⁰ ex art. 31 comma 3 c.p.a., o anche all'azione esecutiva di fronte al

⁴⁶ Sent. Cons. Stat. sez. VI 4 maggio 2022, n. 3480, punto 4.2. Cfr. anche Sent. Cons. Stat. sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144; Cons. Stat. sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 e Cons. Stat. sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660. Per le sentenze di merito si veda, *ex multis*, Tar Lombardia, sez. Milano, Sez. II, 18 luglio 2022, n. 1706; Tar Sicilia, sez. Catania, sez. IV, 8 marzo 2021, n. 713. La prima affermazione del one shot temperato si deve alla sentenza Cons. Stat. sez. V del 6 febbraio 1999 n., 134.

⁴⁷ Si fa riferimento al “one shot temperato” o “two shots” che rappresenta la variante “temperata” della teoria del cosiddetto “one shot puro”, sostenuta da alcune elaborazioni, in particolare A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 37. Secondo tale impostazione, l'amministrazione avrebbe a disposizione una sola *chance*, non potendo poi riesercitare il potere. Tuttavia, tale impostazione, allargando la giurisdizione, rischierebbe di compromettere eccessivamente il principio di separazione dei poteri e di eliminare il doppio grado di giudizio.

⁴⁸ Si veda anche L. DI BENEDETTO, op. cit., p. 256-257: “In pratica, è come se il primo giudicato facesse stato solamente sul dedotto, potendo poi il soggetto pubblico in sede di *second shot* vagliare aspetti deducibili e non valorizzati a suo tempo, con la conseguenza però che il nuovo *dictum* del giudice azzererà del tutto la discrezionalità amministrativa, la quale non potrà essere spesa una terza volta, per ulteriori allegazioni. Ciò che era deducibile con la seconda ‘freccia’ è cristallizzato una volta per tutte dall'intervento del magistrato”.

⁴⁹ L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 212.

⁵⁰ *Ibidem*.

giudice dell'ottemperanza, “se si considera l'esaurimento della discrezionalità amministrativa un effetto del giudicato formatosi sulla seconda sentenza di annullamento”⁵¹.

In tal modo, un'attività in origine discrezionale potrebbe divenire vincolata⁵² a seguito dell'esercizio del potere “a cavallo” dei giudizi di annullamento.

Uno degli elementi di maggior criticità di questa impostazione – seppur ispirata dall'esigenza di individuare una soluzione compromissoria fra istanza di tutela (rapida e effettiva) della situazione giuridica privata e necessità per l'amministrazione di rivedere la decisione pubblica – attiene però al suo fondamento: si tratta, in ogni caso, di una preclusione di creazione giurisprudenziale, che non trova un espresso richiamo normativo⁵³.

Tale carenza è stata in parte attenuata con la novella dell'art. 10 bis della legge n.241 del 1990⁵⁴ ad opera del d.l. n. 76 del 2020.

Un altro rimedio antecedente, elaborato dalla giurisprudenza e da alcune autorevoli ricostruzioni⁵⁵, è rappresentato dal cosiddetto “giudicato a formazione progressiva” in virtù del quale si ritiene che il giudice

⁵¹ *Ivi*, p. 213. In tal senso, un ulteriore provvedimento ostativo per il privato andrebbe considerato nullo per violazione o elusione del giudicato, L. DI BENEDETTO, op. cit., p. 255 e ss.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Inoltre, certe ricostruzioni criticano il fatto che il privato possa ottenere il provvedimento favorevole pur in presenza di fatti impeditivi (*ex multis*, A. ZITO, op. cit. p. 40. Un'altra critica attiene alle tipologie di vizi che il giudice del secondo processo si troverebbe ad accertare: qualora si tratti esclusivamente di vizi esclusivamente formali emergerebbe l'art. 21 *octies* comma 2; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 232.

⁵⁴ Alcune elaborazioni, al contrario ritengono che il “*one shot* temperato *confligga* apertamente con il *one shot* sostanziale di cui al nuovo articolo 10 bis”. N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2022, pp.11-22, in particolare p. 19.

⁵⁵ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.

dell'ottemperanza, possa integrare il giudicato del giudizio di cognizione laddove la definizione sia stata non esaustiva⁵⁶ o incompleta⁵⁷.

In tal senso, tuttavia, per l'effetto di questa cognizione a "tappe" si rischia di snaturare il rapporto tra cognizione ed esecuzione e di dover adire nuovamente il giudice della cognizione qualora, nel nuovo esercizio del potere, l'amministrazione si rivolga alla parte non coperta dal giudicato⁵⁸.

2.3 Il dato normativo: l'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990

Un "temperamento" di matrice legislativa è invece individuato nell'art.10 bis della legge sul procedimento amministrativo.

L'articolo 10 bis⁵⁹ della legge n. 241 del 1990, rubricato "comunicazione dei motivi ostativi dell'istanza", così come riformato nel 2020, ha infatti introdotto una preclusione procedimentale, volta, nell'intento del legislatore, a evitare la "parcellizzazione" dell'azione amministrativa.

Nella Relazione illustrativa di accompagnamento al d.l. n.76 del 2020 (anche noto come "decreto semplificazioni") si afferma che la *ratio* dell'istituto va individuata nella volontà di impedire che "l'annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato, a seguito della predetta comunicazione, dia luogo a plurime reiterazioni dello stesso

⁵⁶ L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, op. cit. pp. 211-212.

⁵⁷ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo in Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, pp.595-616, p. 600.

⁵⁸ L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. p. 212.

⁵⁹ L'art. 10 bis è stato novellato dal Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 che ha disposto (con l'art. 12, comma 1, lettera e)) la modifica del comma 1. Sul tema si vedano, *ex multis*, L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto amministrativo*, 3/2021, pp. 573-585 e *Lezioni di giustizia*, cit., pp. 230-234. M. CLARICH, *Limiti soggettivi e oggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona Amministrazione*, 1/2022 pp. 33-40; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo in Diritto processuale amministrativo*, 3/2022, pp.595-616; N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Diritto dell'economia*, 3/2022, pp.11-22.; M. TRIMARCHI, *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n.120 del 2020*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2022, pp.415-435, per il quale l'art. 10 bis, introdurrebbe sia una preclusione endoprocedimentale, sia "esoprocedimentale".

esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative, parcellizzando anche il processo amministrativo”.

Si vorrebbe, così facendo, tentare “di ricondurre a un’unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale evitando che la parte sia costretta a proporre tanti ricorsi quante sono le ragioni del diniego, perché non comunicate tutte nel medesimo atto”⁶⁰.

L’istituto – che trova applicazione nei casi di procedimenti ad istanza di parte – prevedeva nella sua formulazione originaria che l’amministrazione avesse l’obbligo di comunicare all’istante i motivi ostativi all’accoglimento del ricorso, riconoscendo al contempo la facoltà per quest’ultimo di “presentare osservazioni” alle ragioni del rigetto.

La modifica normativa del 2020 ha introdotto l’ulteriore obbligo per l’amministrazione di ancorare la decisione finale ai soli motivi oggetto del contraddittorio procedimentale, con il divieto – in caso di annullamento giurisdizionale del diniego – nell’esercitare nuovamente il potere, di addurre per

⁶⁰ Ex multis, L. FERRARA, *La preclusione procedimentale*, cit., p. 574 e M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit., p. 602. Il testo dell’articolo, come riformato, in particolare recita: “nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l’autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all’accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l’autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell’esercitare nuovamente il suo potere l’amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall’istruttoria del provvedimento annullato. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all’accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all’amministrazione.”

la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato, salvo i fatti impeditivi e estintivi sopravvenuti.

La finalità della previsione sarebbe dunque quella di evitare che l'amministrazione, dopo il primo processo di cognizione, faccia valere nuovi motivi di diniego basati su "valutazioni che avrebbero dovuto già essere compiute nel corso del procedimento amministrativo originario"⁶¹, impedendo così di qualificare il secondo diniego come violazione del giudicato, la quale aprirebbe invece la via del giudizio di ottemperanza⁶².

La disposizione, nondimeno, presenta alcuni profili di criticità che rischiano di mancare l'obiettivo di contemperamento tra l'esigenza dell'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico (anche modificando i propri indirizzi) e diritto del cittadino a un corretto scioglimento della *chance* legale.

Un primo elemento di incertezza attiene al fatto che la norma fa riferimento esclusivamente ad una preclusione sui motivi "già emersi" nel primo contraddittorio procedimentale e non addotti, e non anche sui motivi già esistenti al momento del procedimento, che erano noti all'amministrazione o che questa doveva conoscere in base all'onere di diligenza, ma che non sono emersi⁶³.

Accogliendo un'interpretazione letterale, dunque, non si porrebbe rimedio al riesercizio potenzialmente illimitato del potere poiché, se la preclusione procedimentale non copre tutti i fatti costitutivi del potere, si rischia che all'annullamento del diniego faccia seguito un nuovo esercizio del potere e un nuovo processo di cognizione⁶⁴.

⁶¹ M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit. p.597, per garantire una "tutela giurisdizionale piena ed effettiva entro un tempo ragionevole e in maniera non parcellizzata".

⁶² L. FERRARA, *La preclusione procedimentale*, cit., p. 575.

⁶³ *Ivi*, p. 576. Anche, *ex multis*, M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto*, cit.; M. CLARICH, *Giudicato*, op. cit., p. 186 e ss.; M. TRIMARCHI, *Note*, cit., p. 423.

⁶⁴ L. FERRARA, *La preclusione*, cit., p. 577. M. CLARICH, *Giudicato*, cit., p. 189.

L'orientamento giurisprudenziale su tale questione sembra ondivago, ammettendo talvolta un'interpretazione estensiva e talvolta, invece, sostenendo l'interpretazione letterale più restrittiva.

In accordo con una lettura soggettivamente orientata, alcune elaborazioni hanno proposto allora di attribuire un'accezione estensiva al termine "emergenti", ricomprendendo non solo i motivi effettivamente oggetto del contraddittorio procedimentale, ma anche tutti quelli effettivamente esistenti⁶⁵.

Un'ulteriore questione controversa attiene alla tutela dei controinteressati sostanziali, titolari di un interesse legittimo oppositivo, la cui posizione non viene contemplata dalla norma⁶⁶: non vi è pertanto una soluzione univoca in relazione all'*an* e al *quomodo* della preclusione nei confronti di quest'ultimi.

Stando inoltre alla lettera della norma, qualora l'amministrazione rimanga inerte – con un silenzio inadempimento o un silenzio significativo – dovendo ricorrere "l'annullamento" ai fini dell'operatività della preclusione, questa non parrebbe operare⁶⁷.

Nondimeno, in definitiva, nonostante i numerosi elementi di incertezza ora rilevati, sia per quanto attiene i recenti interventi legislativi, sia per i "temperamenti"⁶⁸ di creazione giurisprudenziale o avanzati dall'elaborazione scientifica, emerge un dato incontrovertibile: si sta attestando una vera e

⁶⁵ *Ibidem* e *Lezioni di giustizia* cit., p. 232 e ss.

⁶⁶ In particolare, ci si è chiesti se possa il terzo, quale controinteressato processuale nel giudizio contro il diniego dell'atto, allegare in giudizio fatti impeditivi o estintivi già emersi nel contraddittorio ma non adottati dalla p.a. L. FERRARA, *La preclusione*, cit., p. 581. Un altro problema riguarda i terzi, ossia coloro che non sono controinteressati né sostanziali né processuali ma che potrebbero comunque essere stati lesi dall'attività posta in essere, cfr. A. ZITO, *La scelta discrezionale*, cit.

⁶⁷ *Ivi*, p. 578-579. Un altro profilo foriero di incertezza attiene al rapporto fra l'art. 10 bis e il principio di buona fede e collaborazione di cui all'art. 1 comma 2 bis della legge sul procedimento, di cui il preavviso di rigetto è considerato espressione. In particolare, ci si è chiesti in che modo potesse operare la preclusione dal lato dell'istante nel senso che, è in dubbio se, qualora questi non abbia compiuto osservazioni, operi o meno la preclusione per l'amministrazione, immaginando un vero e proprio onere dal lato privato.

⁶⁸ Rappresentano indici a favore della consumazione della discrezionalità nel corso del procedimento. A. Zito, *La scelta discrezionale*, cit., pp.16-17.

propria “tendenza ordinamentale” volta al superamento del carattere inesauribile del potere amministrativo⁶⁹.

Se, infatti, nelle prime fasi di formazione del processo amministrativo, il carattere illimitato del potere poteva trovare fondamento nella natura impugnatoria e oggettiva del giudizio amministrativo, nonché nei retaggi del sistema antecedente al 1865; alla luce dell’evoluzione in senso paritario del rapporto fra amministrazione e privato e del passaggio a una concezione soggettivistica della tutela⁷⁰, è inevitabile la necessità trovare un nuovo temperamento fra i valori coinvolti.

Nel perseguire questa finalità, certamente, il principio di separazione dei poteri⁷¹ deve mantenere un ruolo centrale e, parimenti, il principio del divieto di pronunciarsi in riferimento a poteri non ancora esercitati (ex art. 34 comma 2 del D.lgs. n.104 del 2010) deve essere effettivamente rispettato dal giudice amministrativo.

3 L’azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto

3.1 La tutela di condanna: aspetti generali

Anche a seguito dell’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, la questione circa l’(in)esauribilità del potere amministrativo emerge in particolar modo in riferimento alle tipologie di rimedi esperibili a fronte delle condotte inadempienti dell’amministrazione.

Infatti, come si è più volte evidenziato, nelle ipotesi in cui il privato, richiedente un provvedimento ampliatorio, abbia fatto affidamento sulle condotte inequivoche dell’amministrazione sulla conclusione favorevole del

⁶⁹ Forse in questo senso può essere letta anche la recente modifica all’art. 21 *nonies* della L.n. 241 ad opera della L. 2 dicembre 2025 che ha ridotto a sei mesi tempo massimo per poter procedere in autotutela: in questi casi la *ratio* però sembra più essere la tutela della certezza giuridica, secondo una concessione “tradizionale” dell’affidamento.

⁷⁰ Nonché dei principi costituzionali del giusto processo, dell’imparzialità, dell’effettività della tutela, ma, anche, in virtù del principio di buona fede e correttezza.

⁷¹ Cfr. Sent. Cons. Stat. ad. plen. 9 febbraio 2016, n. 2.

procedimento e questa abbia poi disatteso la fiducia, l'unica forma di tutela effettiva, in certi casi, può essere rappresentata dalla condanna all'adempimento in forma specifica.

D'altra parte, l'inadempimento da parte dell'amministrazione può verificarsi sia nel caso in cui questa – all'esito della vicenda procedimentale – rimanga inerte, violando il dovere di provvedere (art. 2 L. n. 241 del 1990), sia qualora provveda, ma in modo illegittimo, adempiendo in modo non esatto⁷²: con il termine adempimento si intende infatti "l'esatta realizzazione della prestazione dovuta"⁷³.

In tali circostanze, il codice prevede la facoltà per il ricorrente di esperire l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, ma esclusivamente qualora l'attività sia vincolata, in astratto o per effetto della consumazione della discrezionalità (del potere)⁷⁴ ex art. 31 comma 3 e 34 comma 1 lett. c)⁷⁵ del Codice del processo amministrativo.

⁷² In una prospettiva di pluriquificazione dell'atto, il provvedimento illegittimo può essere considerato anche quale espressione di comportamento inadempiente: in particolare saremmo di fronte ad un adempimento inesatto, L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2013, pp. 617-668, in particolare p. 646 e ss.

⁷³ A. TORRENTE -P. SCHELSINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2019, p.414.

⁷⁴ P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2017, pp. 1-43. Vedi anche M. TRIMARCHI, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive tra diritto sostanziale e processo. Qualche osservazione*, in P. A. *Persona e amministrazione*, 1/2021, 529-543, in particolare pp. 540 e ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di condanna nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2005, pp.557-600, in cui l'A. sostiene l'ammissibilità di un'azione di condanna all'adempimento atipica ai fini dell'emanazione di un determinato provvedimento. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit.

⁷⁵ La lett. c) del comma 1 dell'art. 34 è stata introdotta con il secondo correttivo al Codice nel 2012 con il D.lgs. 14 settembre 2012 n. 160. L'azione si ispira al modello tedesco che prevede un'unica azione di adempimento: la *Verpflichtungsklage*, disciplinata dall'art. 42 del codice procedurale amministrativo tedesco.

Si tratta, quindi, di un'azione di condanna a un “*facere* specifico”⁷⁶, successiva a una violazione già posta in essere⁷⁷, con cui il ricorrente richiede l'esatto adempimento della prestazione – ossia il rilascio del provvedimento richiesto – che si differenzia dalla condanna a un *facere* generico (di cui agli artt. 31 comma 1 e 2 e 34 comma 1 lett. b) c.p.a.), con cui il giudice emana nei confronti della p.a. una sentenza di condanna contenente un generico ordine di provvedere⁷⁸.

Come è noto, la tutela di condanna, in termini generali, ha la finalità non solo di accertare l'esistenza di una pretesa e del corrispondente obbligo, ma è volta soprattutto ad assicurare che tale obbligo sia attuato nella realtà concreta⁷⁹.

La relativa sentenza, infatti, oltre all'accertamento, contiene “il rafforzamento dell'ordine di adempiere l'obbligo corrispondente alla pretesa accertata”⁸⁰.

⁷⁶ Le azioni di condanna al *facere* si distinguono da quelle di condanna al *dare*, come la condanna al risarcimento del danno per illegittimo esercizio della funzione. M.C. CAVALLARO, *L'azione di condanna nel processo amministrativo: spunti per una nuova ricostruzione*, in *Il processo*, 2/2022, pp. 315-334, in particolare, p.317.

⁷⁷ L'azione ha una funzione repressiva, mai preventiva: non è ammessa infatti quale forma di tutela inibitoria. La questione verrà approfondita in seguito

⁷⁸ L'art. 31 commi 1 e 2 recita: “decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti”. L'articolo va letto in combinato disposto con l'art. 31 comma 1 lett. b che prevede che in caso di accoglimento del ricorso, il giudice, può ordinare “all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine”.

⁷⁹ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2012, p. 142-143. Nella tradizionale tripartizione mutuata dal processo civile le azioni (e dunque le sentenze conseguenti) si distinguono in azione di accertamento, azione di condanna e azione costitutiva.

⁸⁰ *Ivi*, p. 143 e ss. L'azione di condanna può avere ad oggetto diverse tipologie di obblighi rimasti inadempiti (in maniera spontanea). Inoltre, le situazioni soggettive azionabili non sono rappresentate esclusivamente da diritti obbligatori, ma, anche diritti assoluti o diritti della personalità. Ugualmente, il contenuto dell'obbligo può essere di varia natura: vi può essere una condanna al fare, al non fare, al dare, al distruggere ciò che si è costruito in violazione dell'originario obbligo di non fare. Inoltre, la tutela di condanna può svolgere

In tal senso, sempre in termini generali, in riferimento alla tutela di condanna è inoltre possibile distinguere fra tutela di condanna in forma specifica e tutela di condanna per equivalente⁸¹.

Con la prima espressione ci si riferisce a quella forma di tutela diretta a far conseguire al titolare del diritto “quelle stesse utilità garantitegli dalla legge e non utilità equivalenti”: si parla, in tal senso, di “esatto adempimento” in quanto la sentenza in questi casi sarebbe pienamente soddisfattiva della situazione giuridica fatta valere.

Con la seconda, si intende invece quella forma di tutela volta a far conseguire al titolare del diritto “non la stessa utilità garantitogli dalla legge, ma solo utilità equivalenti”; quindi, non il bene dovuto in natura ma il suo equivalente monetario⁸².

Nell’ambito del processo amministrativo, la finalità dell’azione di condanna in forma specifica consiste “nell’assicurare al ricorrente, a fronte di un inadempimento rappresentato da un provvedimento difforme, o dalla mancanza di qualsiasi provvedimento (silenzio-inadempimento), la possibilità di ottenere la prestazione che gli spetta”⁸³.

una funzione repressiva o preventiva (inibitoria). Nel primo caso, la sentenza è volta a eliminare gli effetti di una violazione già compiuta. Nel secondo, invece, ha la funzione di inibire la continuazione della violazione o di impedire che la violazione venga in essere.

⁸¹ *Ivi*, p. 745. La tutela per equivalente, a sua volta, rientra nella tutela cosiddetta risarcitoria, assieme alla tutela “personale” e alla tutela “obbligatoria”.

⁸² *Ibidem*. Nelle more di questa distinzione, si collocano ugualmente la differenziazione fra esecuzione in forma specifica e per equivalente; tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente. La distinzione risulta tutt’altro che superflua tanto per il diritto e processo civile, quanto per quello amministrativo e si lega al principio dell’atipicità delle azioni e quindi della tutela. Dall’atipicità delle azioni, in forza dei principi di strumentalità del processo al diritto sostanziale, di effettività della tutela, dovrebbe discendere, come conseguenza, anche un’atipicità della tutela in forma specifica. In tal modo, si consentirebbe al titolare della situazione soggettiva di conseguire “tutto quello e proprio quello a cui ha diritto” in base al rapporto sostanziale. Tuttavia, in particolar modo per quanto attiene il rapporto amministrativo, lo scarto tra l’essere e il dover essere risulta ancora piuttosto rilevante.

⁸³ R. DAMONTE, *L’azione di condanna* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, pp 250-269, in particolare p. 256.

Il giudice amministrativo, in tal senso, è chiamato ad accertare la spettanza del bene richiesto al ricorrente, “con conseguente illegittimità della condotta attiva o omissiva dell’amministrazione; dall’esito positivo di tale accertamento consegue la portata precettiva della sentenza, corrispondente alla condanna della parte resistente a provvedere a quanto dovuto per soddisfare la pretesa ingiustamente negata”⁸⁴.

3.2 Gli elementi costitutivi dell’azione

La lett. c) del primo comma dell’art. 34 – così come modificato nel 2012 – afferma nel primo alinea che il giudice, accogliendo il ricorso, “nei limiti della domanda, condanna l’amministrazione all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”⁸⁵.

Precisa poi che “l’azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all’articolo 31, comma terzo, contestualmente all’azione di annullamento del provvedimento di diniego o all’azione avverso il silenzio”.

In primo luogo, dunque, stando alla lettera del codice, l’azione di condanna al *facere* specifico è proponibile congiuntamente⁸⁶ o a un’azione di annullamento, qualora l’amministrazione abbia provveduto in senso negativo per il ricorrente, ovvero, qualora l’amministrazione sia rimasta inerte rispetto all’obbligo di provvedere, a un’azione avverso il silenzio inadempimento⁸⁷.

⁸⁴ *Ivi*, p. 255.

⁸⁵ Questa prima parte era presente già prima del secondo correttivo, tant’è che alcune ricostruzioni avevano sostenuto che l’azione di “esatto adempimento”, potesse essere desunta implicitamente dall’espressione “tutte le misure idonee”.

⁸⁶ L’elaborazione scientifica si è interrogata su quale sia la *ratio* della previsione di questa contestualità. Certamente, essa si collega con il principio del divieto di pronunciarsi in riferimento a poteri non ancora esercitati, di cui all’art. 34 comma 2 del c.p.a. Tuttavia, la ragione principale andrebbe individuata probabilmente nella finalità di assicurare la pienezza del contraddittorio. P. CERBO, *L’azione di adempimento*, cit., p. 13 e ss.

⁸⁷ Dal combinato disposto tra gli art. 31 comma 3, 34 comma 1 lett. c) e 30 si evince tuttavia che nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, per la tutela dei diritti soggettivi, può essere proposta in via autonoma.

Sulla previsione di tale contestualità sono state avanzate diverse interpretazioni.

Secondo alcune ricostruzioni, “superata la pregiudiziale amministrativa ai fini dell’accesso alla tutela risarcitoria, la stessa ricompare affinché il privato possa chiedere la condanna al rilascio del provvedimento”⁸⁸. Altre ricostruzioni⁸⁹, invece, ritengono che la contestualità esprima un collegamento fra le due azioni ancora più stringente della pregiudizialità, in quanto l’azione di adempimento sarebbe inammissibile non solo qualora venga proposta anteriormente, ma anche laddove sia proposta successivamente alle altre azioni.

Nel caso di inerzia dell’amministrazione, la contestualità potrebbe trovare ragione nella necessità di accertare l’esistenza di un obbligo a provvedere e la conseguente illegittimità della condotta⁹⁰.

Al contrario, nelle ipotesi in cui l’amministrazione abbia provveduto in maniera inesatta, ammettere la condanna all’adempimento in mancanza dell’impugnazione dell’atto con la tutela di annullamento, significherebbe, secondo certe ricostruzioni, “consentire un surrettizio aggiramento dei termini perentori per l’impugnazione”⁹¹.

Secondo altre impostazioni, risulterebbe invece difficile comprendere quale sia la finalità⁹² della previsione di contestualità.

⁸⁸ M.C. CAVALLARO, *L’azione di condanna*, cit., p.318: sia l’azione di annullamento, che l’azione avverso il silenzio inadempimento “in tanto possono costituire presupposto per la condanna al rilascio, in quanto il giudice si sia pronunciato sulla fondatezza della pretesa del privato al rilascio del provvedimento”. A. CARBONE, *L’azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2018, pp. 175-269.

⁸⁹ P. CERBO, *L’azione di adempimento*, cit., p. 8.

⁹⁰ M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 192 e L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 198.

⁹¹ M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 192

⁹² P. CERBO, *L’azione di adempimento*, cit., p.10 e ss. Secondo l’A. una *ratio* della proposizione dell’azione costitutiva o dell’azione avverso il silenzio contestualmente a quella di condanna al rilascio del provvedimento potrebbe essere individuata in quella di evitare che l’amministrazione possa riesercitare in qualche modo il potere, coinvolgendo così la parte pubblica in una “logica meramente esecutiva”: varia anche l’ordine di esecuzione della sentenza di cui all’art. 88 comma 2 lett. f) del c.p.a.

Certe elaborazioni hanno pertanto sostenuto l'ammissibilità di un'azione di adempimento autonoma⁹³ in particolare per i casi in cui sia intervenuto un provvedimento (illegittimo), in quanto "non vi è necessità dell'annullamento del diniego al fine di dichiarare l'inadempimento dell'obbligazione gravante sulla p.a., essendo tale dichiarazione compresa nel contenuto di accertamento della sentenza di condanna"⁹⁴: l'atto di diniego illegittimo di cui si chiede l'annullamento è qualificabile infatti come comportamento inadempiente.

Quanto alla tipologia di procedimento in cui sarebbe dovuto intervenire il provvedimento richiesto, la disposizione prevede solamente che il provvedimento sia stato "richiesto", richiamando dunque le ipotesi in cui vi sia stata una istanza di parte. Tuttavia, non vi è motivo per escludere che tale richiesta possa riguardare anche procedimenti ufficiosi, purché però il ricorrente possa vantare una posizione giuridica differenziata rispetto all'emanazione e sussista un dovere di provvedere in capo all'amministrazione⁹⁵.

Il secondo requisito essenziale ai fini dell'esperibilità dell'azione – che si ricava espressamente dal rinvio all'art. 31 comma 3 – è rappresentato dal carattere vincolato dell'attività amministrativa di cui si richiede l'adempimento o l'esatto adempimento.

Non è però necessario che si tratti di una vincolatezza in astratto: il codice afferma espressamente l'ammissibilità dell'azione anche nei casi di attività vincolata in concreto ossia qualora il potere si sia consumato, in quanto non residuano "ulteriori margini di discrezionalità" e⁹⁶ non sono richiesti ulteriori "adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

⁹³ L. FERRARA, (da ultimo) *Lezioni di giustizia*, cit., p. 205 e ss.; A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un fare*, cit.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ P. CERBO, *L'azione di adempimento*, cit., p. 19 e giurisprudenza ivi citata.

⁹⁶ La congiunzione "e" suggerisce un rapporto di complementarità fra i due requisiti che pertanto devono essere concorrenti.

Inoltre, affinché il ricorrente possa ottenere il provvedimento richiesto, la pretesa avanzata deve chiaramente risultare fondata: in tal senso, è lo stesso articolo 31, terzo comma, ad attribuire al giudice del processo di cognizione il potere di pronunciarsi “sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio” (purché ricorrano le condizioni appena menzionate).

L’organo giurisdizionale è dunque chiamato a compiere un accertamento sul rapporto sostanziale⁹⁷, valutando i fatti costitutivi⁹⁸ della situazione giuridica dedotta dalla parte ricorrente e i fatti impeditivi⁹⁹ (ostativi) addotti dall’amministrazione.

Per condannare l’amministrazione all’adozione dell’atto devono quindi sussistere in concreto tutte le condizioni richieste per il rilascio del provvedimento¹⁰⁰: il giudice – sulla base delle leggi applicabili, delle circostanze del caso e delle allegazioni delle parti – accerta che non vi è discrezionalità e che l’atto è dovuto, e infine ne ordina l’emanazione¹⁰¹.

3.3 I limiti al rilascio del provvedimento richiesto

Come anticipato, un requisito richiesto invece in negativo dalla norma ai fini della pronuncia sulla fondatezza della pretesa è rappresentato

⁹⁷ In tal modo, dal punto di vista dei limiti oggettivi del giudicato, questo coprirà il rapporto fra le parti, che non potrà essere nuovamente messo in discussione. L. FERRARA, *Lezioni di giustizia*, cit., p. 203 e ss.

⁹⁸ Nelle ipotesi in cui sia presente il provvedimento di cui dunque il ricorrente chiede l’annullamento contestualmente all’azione di adempimento, questi dovrebbe dedurre in giudizio tutti i fatti costitutivi della pretesa fatta valere e non solo quelli volti a contestare la legittimità del provvedimento di diniego impugnato. M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p.194.

⁹⁹ Diverse elaborazioni hanno ipotizzato l’esistenza di una preclusione, o di ordine sostanziale, o di ordine processuale, che impedirebbe all’amministrazione di allegare fatti impeditivi non addotti prima, cfr. P. CERBO, *L’azione di adempimento*, cit., p. 30 e ss. Si potrebbe ammettere, tuttavia, accogliendo un’accezione soggettivamente orientata della preclusione di cui al 10 bis (vedi *supra*), che l’amministrazione possa addurre solo fatti impeditivi sopravvenuti, non esistenti prima e non coperti dunque dalla preclusione procedimentale, che invece opererebbe nei confronti di tutti i motivi ostativi esistenti. Resterebbe problematica l’ipotesi del silenzio inadempimento, in cui, stando alla lettera della legge, non potrebbe operare la preclusione.

¹⁰⁰ P. CERBO, *L’azione di adempimento*, cit., e p. 23.

¹⁰¹ M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 193.

dall'assenza di margini di discrezionalità, stante il divieto del giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati (ex art. 34, secondo comma, c.p.a.)¹⁰².

La *ratio* dell'articolo 34, secondo comma, in questo senso, è quella di prevedere “un divieto di interferenza”¹⁰³ per i casi in cui residuino ancora elementi di scelta in capo all'amministrazione in relazione all'assetto degli interessi coinvolti nella fattispecie.

Altrimenti, ne conseguirebbe, ad opera del giudice, la violazione del principio di separazione dei poteri¹⁰⁴, posto che la sostituzione dell'organo giurisdizionale a quello amministrativo si tradurrebbe in uno “straripamento” dei poteri a favore del primo¹⁰⁵, andando a intaccare “l'area riservata” all'amministrazione¹⁰⁶.

La tutela giurisdizionale non può infatti configurarsi quale strumento alternativo per il conseguimento della pretesa, nel senso che “l'azione di adempimento *deve essere* in ogni caso un rimedio alla (illegittima) mancata soddisfazione della pretesa in sede amministrativa”¹⁰⁷.

¹⁰² *Ivi*, in tal senso, secondo l'Autore, il fatto che la norma faccia riferimento al provvedimento “richiesto”, implica che la soddisfazione della pretesa debba passare, almeno in prima battuta, “attraverso l'attività provvedimentale dell'amministrazione”.

¹⁰³ Sul tema si veda anche M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2018, pp. 67-105; P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2018, pp. 94-121. L'A. afferma che il divieto non è da intendersi in senso assoluto, nonostante l'espressione “in nessun caso”, altrimenti potrebbe suscitare dubbi di legittimità costituzionale.

¹⁰⁴ La *ratio* di preservare il principio di separazione dei poteri è esplicitata nella relazione governativa di accompagnamento al codice, nonché richiamata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

¹⁰⁵ M.A. SANDULLI, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, in M.A. SANDULLI, *Il giudizio amministrativo* (a cura di), cit., pp. 45-94.

¹⁰⁶ Secondo P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi*, cit., p. 105 il divieto intenderebbe “salvaguardare non il potere come prerogativa dell'amministrazione, ma la sua specifica modalità di esercizio” ossia il procedimento amministrativo. Saremmo di fronte ad una riserva di procedimento amministrativo, volta alla tutela dei controinteressati sostanziali

¹⁰⁷ P. CERBO, *L'azione di adempimento*, cit., p. 18. Corsivo aggiunto.

In questa stessa prospettiva, le ricostruzioni prevalenti ritengono inammissibile un'azione di adempimento preventiva, inibitoria di un'attività futura¹⁰⁸, per la quale non si sono ancora verificate le condizioni che fanno sorgere l'obbligo di pronunciarsi.

Parimenti, in caso di mancata impugnazione di un provvedimento di diniego, qualora il privato abbia promosso una nuova istanza nei confronti dell'amministrazione, l'azione di condanna non è proponibile ai fini di ottenere il provvedimento in via giurisdizionale¹⁰⁹.

In ugual modo, è da escludere (al di fuori delle ipotesi di silenzio inadempienza) che l'azione possa costituire uno mezzo volto ad influenzare l'esito di un procedimento ancora non concluso¹¹⁰.

Un ulteriore limite negativo è rappresentato dal fatto che, ai fini della pronuncia sulla fondatezza della pretesa, non devono essere necessari ulteriori "adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Questo divieto, in accordo con l'impostazione prevalente, esprimerebbe "l'esigenza di salvaguardare l'accertamento dei fatti riservati all'amministrazione"¹¹¹; tuttavia non vi è univocità nella sua interpretazione.

In particolare, alcuni orientamenti giurisprudenziali hanno ritenuto che il limite si riferisca a quegli adempimenti che devono essere svolti esclusivamente in sede procedimentale e che dunque non sarebbero surrogabili in fase processuale¹¹².

¹⁰⁸ Non tutte le impostazioni sono tuttavia concordi in riferimento a questa esclusione (cfr. A. CARBONE).

¹⁰⁹ P. CERBO, *L'azione di adempimento*, cit., p. 18.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ivi*, pp. 25-26.

¹¹² *Ibidem*, cfr. Sent. Cons. Stat. sez. VI. 736 del 2016.

Altri hanno invece escluso l'ammissibilità dell'azione qualora l'istruttoria procedimentale sia incompleta o manchi "una parte" del procedimento¹¹³.

La ricostruzione ritenuta maggiormente coerente con principi di effettività, soggettività e atipicità della tutela è quella che individua quali limiti "invalicabili" dal giudice solo gli adempimenti istruttori che "devono" essere compiuti dall'amministrazione nel senso che ad essa sono riservati¹¹⁴.

Pertanto, la condanna sarebbe ammissibile ove residuino adempimenti che, pur necessari, non sono stati compiuti durante il procedimento, ma che, allo stesso tempo, non sono "esclusivi" dell'amministrazione. Il giudice, in questa prospettiva, potrebbe pronunciarsi laddove gli adempimenti da compiere fossero "sostituibili".

Opinando diversamente, infatti, non sarebbe mai ammissibile l'azione di adempimento nelle ipotesi di inerzia dell'amministrazione¹¹⁵ in cui questa ha omesso di pronunciarsi.

Quanto al contenuto del provvedimento al cui rilascio è finalizzata la sentenza di condanna – dal momento in cui lo scopo dell'azione consiste nell'assicurare al ricorrente il provvedimento che egli aveva titolo di ottenere quando l'aveva richiesto – questo non potrà consistere in "qualcosa di più", ma dovrà essere il più simile possibile a quello del provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto adottare in via originaria.

Viene fatta salva, tuttavia, la sopravvenuta carenza delle condizioni necessarie per l'ottenimento del provvedimento stesso.

¹¹³ *Ibidem*, cfr. Tar Campania, Salerno, sez. I, 16 febbraio 2015, n. 167.

¹¹⁴ *Ivi*, p. 28. Dunque, l'azione di condanna in forma specifica non può dirsi inammissibile solo perché l'affare giunto dinanzi al giudice non è completamente istruito o maturo per la decisione, ma solo qualora "la parte mancante" possa essere compiuta solo dall'amministrazione. Vedi anche, *ex multis*, R. DAMONTE, *L'azione di condanna*, cit., pp. 257-259.

¹¹⁵ R. DAMONTE, *L'azione di condanna*, cit. p. 258; L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.

Inoltre, deve attribuirsi rilevanza agli effetti, durevoli o istantanei, che il provvedimento amministrativo (originario corretto) avrebbe dovuto produrre¹¹⁶. In tal senso, un elemento di criticità potrebbe essere rappresentato dalle sorti del provvedimento emanato dall'amministrazione in esecuzione della sentenza di condanna, in particolare per quanto attiene alla sua stabilità.

Posto che il provvedimento di condanna ha efficacia retroattiva, si potrebbe pensare che, una volta emanato il provvedimento richiesto, qualora siano sopraggiunte circostanze impeditive o estintive che fanno venir meno la titolarità della situazione soggettiva, l'amministrazione possa poi procedere alla sua revoca ex art. 21 *quinquies*, ove ne ricorrano i presupposti¹¹⁷.

In ogni caso, diversamente da quanto avviene nel processo civile in forza dell'art.2932, nel giudizio amministrativo il giudice della cognizione non potrà mai sostituirsi all'amministrazione nel rilascio del provvedimento.

A seguito della sentenza, l'amministrazione dovrebbe pertanto riesercitare il potere in modo "coatto"¹¹⁸, eseguendo il dispositivo. Ove questo non accada, il ricorrente dovrà poi rivolgersi al giudice dell'ottemperanza, posto che l'accertamento del processo di cognizione definisce in modo definitivo il rapporto intercorrente fra le parti.

3.4 Il comportamento della P.A. e il problema della vincolatezza in concreto: l'autovincolo

Uno degli aspetti più controversi dell'azione di adempimento attiene all'individuazione delle ipotesi in cui risulta che "non residu[i]no ulteriori margini di discrezionalità": dalla norma codicistica si evince esclusivamente che tale valutazione deve essere compiuta in concreto dal giudice.

¹¹⁶ P. CERBO, *L'azione di adempimento*, cit., p. 38 e ss. Non è dunque possibile trascendere in toto dalle eventuali sopravvenienze che si dovessero essere verificate.

¹¹⁷ *Ivi*, pp. 38-39.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 40.

Tuttavia, come si è cercato di dar conto in questo capitolo, non sono infrequenti le fattispecie in cui, per effetto delle condotte dell'amministrazione espressione di discrezionalità, l'ordinamento ammette un esaurimento della stessa.

Al di là di casi ricordati nel paragrafo precedente, in cui l'effetto consumativo è fatto discendere da preclusioni di natura sostanziale o processuale poste a carico dell'amministrazione (preclusione del dedotto e del deducibile, *one shot* temperato, art. 10 bis della L. n. 241 del 1990), vi possono essere però ulteriori modalità mediante le quali l'amministrazione spende nel procedimento la propria discrezionalità con effetto "estintivo".

In particolare, si fa riferimento ai cosiddetti autovincoli¹¹⁹ o autolimiti amministrativi ossia a quelle predeterminazioni e a quei criteri mediante i quali l'amministrazione si auto-vincola in relazione alle future modalità di esercizio del potere¹²⁰.

In tali circostanze, secondo l'impostazione prevalente¹²¹ – che ha trovato conferma anche nella giurisprudenza amministrativa¹²² – l'amministrazione che dovesse disattendere i criteri predefiniti, violerebbe l'affidamento riposto sul comportamento "coerente" e "corretto" della stessa ingenerato proprio da dette limitazioni.

Tale soluzione è condivisibile qualora la predeterminazione sia posta in essere in riferimento ad uno specifico procedimento in forza di una scelta adottata della stessa amministrazione coinvolta nel procedimento.

¹¹⁹ Si veda il paragrafo 2.1 del Capitolo I.

¹²⁰ Cfr. G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 193 e ss. vedi anche L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, p.198 e ss.

¹²¹ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997; P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990.

¹²² Sent. Cons. Stat. sez. III, 9 febbraio 2022, n. 908.

In tali circostanze, acquista rilevanza la distinzione, già evidenziata nel Capitolo I, tra la nozione di affidamento inteso “in senso stretto” e l’accezione “in senso lato”¹²³.

Solo nell’ambito del singolo rapporto individuale potrebbe infatti emergere l’affidamento in senso stretto, inteso quale aspettativa di un comportamento coerente da parte dell’amministrazione, “sorto in ragione di un frammento di condotta dell’amministrazione in seno al procedimento medesimo”¹²⁴.

In tali ipotesi, la buona fede potrebbe comportare “la tutela dell’affidamento del privato nella conclusione positiva del procedimento”¹²⁵.

Questa soluzione desta invece maggiori perplessità nelle ipotesi in cui i vincoli siano richiesti dal legislatore o posti in essere da parte dell’amministrazione mediante atti amministrativi a carattere generale, come le circolari¹²⁶.

Si pensi, per il primo caso, all’art. 12 della L. n.241 del 1990 con cui il legislatore ha previsto che “la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l’attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi”¹²⁷.

Oppure, quanto al secondo caso, si pensi ad un atto interno con cui l’amministrazione stabilisce, con portata generale, l’interpretazione da attribuire ad una certa norma.

¹²³ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p. 126 ripreso da M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022, p. 76 e ss.

¹²⁴ M. TRIMARCHI, *Buona fede*, cit., p.84.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit., p. 195-197.

¹²⁷ *Ibidem*.

In tali fattispecie – essendo la predeterminazione derivata da una norma ovvero da un atto amministrativo non riferito allo specifico procedimento – non potrebbe maturare un affidamento in capo al privato, posto che i caratteri di generalità e astrattezza impedirebbero la configurazione di un vero e proprio rapporto tra i soggetti coinvolti.

In assenza di tale rapporto, il privato non potrebbe quindi vantare alcuna pretesa immediatamente esigibile, a meno di non riconoscere in capo ai consociati un generico diritto alla prevedibilità¹²⁸ dell'azione amministrativa.

Pertanto, in entrambi questi casi, la violazione delle predeterminazioni sembra attestarsi più sul piano della lesione del principio di imparzialità ovvero della violazione di una norma, dal momento che i vincoli non si configurano quale espressione di un autonomo potere di scelta e dunque come spendita della discrezionalità nel procedimento, ma hanno invece carattere eteronomo¹²⁹ e fonte “normativa”.

Al contrario, nell'ambito di uno specifico procedimento, in cui certamente si delinea un rapporto fra privato e amministrazione, gli autovincoli posti in essere proprio da quest'ultima in riferimento alla decisione da adottare in concreto possono essere autonomamente idonei a generare un affidamento meritevole di tutela.

In accordo con tale prospettiva, qualora l'amministrazione disattenda i criteri precedentemente auto-imposti, per esempio mediante un atto endoprocedimentale, potrebbe provocare una lesione all'affidamento riposto privato, inteso come “pretesa autonoma”¹³⁰, discendente dalla regola di buona fede.

¹²⁸ *Ivi*, p. 197 in cui si dice che appare preferibile, nei casi in cui, nell'adozione dell'atto individuale, l'amministrazione si discosti da quanto stabilito dall'atto interno di carattere generale, ritenere che si verifichi un vizio di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ivi*, p. 198 e ss.

In tali casi, quindi, la facoltà di mutare indirizzo incontra un limite nell'affidamento ingenerato nel privato¹³¹.

Il pregiudizio arrecato a quest'ultimo, derivante dalle condotte contraddittorie dell'amministrazione è però, come si è ampiamente ricordato, tutelato tradizionalmente solo attraverso la sentenza di condanna per equivalente.

Tuttavia, nei casi in cui l'autovincolo sia posto in procedimenti in cui è richiesto un provvedimento ampliatorio (a titolo esemplificativo si possono menzionare il permesso a costruire o la concessione edilizia), a fronte dell'inadempimento¹³² da parte amministrazione, talvolta può rivelarsi satisfattiva solo una condanna in forma specifica che accordi il provvedimento richiesto e "promesso".

I principi di effettività e atipicità della tutela, in tal senso, dovrebbero infatti consentire al ricorrente di poter scegliere l'apparato rimediale più aderente alla situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio in base alle circostanze esistenti, come accade nel processo civile.

Nondimeno, proprio il fatto che l'autovincolo, fondativo dell'affidamento, sia posto dall'amministrazione interessata nell'esercizio della discrezionalità in una dimensione relazionale con il privato – e non per effetto di una norma¹³³ – consente di affermare che, in tali circostanze, il margine scelta per il futuro comportamento da porre in essere¹³⁴ risulti esaurito, fatte salve eventuali sopravvenienze.

L'esaurimento della discrezionalità per effetto di dette predeterminazioni, a sua volta, potrebbe consentire l'esperibilità dell'azione di condanna in forma specifica qualora l'amministrazione dovesse disattendere i criteri da lei stessa imposti.

¹³¹ *Ivi*, p. 200.

¹³² Nel senso fin ora ricordato: non solo, dunque, nelle ipotesi di inerzia ma anche nelle ipotesi di provvedimento negativo, qualificabile come inesatto adempimento

¹³³ O di un atto amministrativo generale.

¹³⁴ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 198.

Occorrono, tuttavia, alcune precisazioni.

Dal lato della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare la parte privata nel procedimento, a fronte di un potere discrezionale potrebbe configurarsi astrattamente solo una pretesa al corretto scioglimento della possibilità normativa o *chance* legale¹³⁵.

Tuttavia, nell'eventualità ora esaminata in cui l'amministrazione ponga in essere condotte (l'adozione di autovincoli) idonee a generare un affidamento su un preciso risultato, che esaurisca i margini di discrezionalità, l'attività amministrativa assumerà una connotazione di vincolatezza in concreto¹³⁶ ex post.

Infatti, sul piano sostanziale, l'affidamento, che si inserisce nella parte della fattispecie non disciplinata dalle norme, "si innesta su un 'germe del diritto', corrispondente alla richiamata *chance*"¹³⁷ fino a completarla.

In tal modo, mediante l'affidamento, si scioglie "l'incertezza data dall'esistenza stessa del potere discrezionale e si giunge alla attribuzione del bene della vita"¹³⁸ consentendo di configurare in capo al privato una pretesa

¹³⁵ Sulla base della concezione di interesse legittimo che si è sostenuta nel presente elaborato.

¹³⁶ L'amministrazione è vincolata - non per legge, né in forza di una circolare, ma da sé stessa - a comportarsi secondo modalità predeterminate. Scegliendo di comportarsi in un determinato modo esaurisce la sua discrezionalità, in quanto tale comportamento non è "eteronomo", ma risultato di una scelta appunto discrezionale. Il privato, che, normalmente, a fronte del potere, può vantare solo una pretesa al corretto scioglimento della *chance* legale (obbligazione di mezzo e non di risultato), può maturare un affidamento su tali comportamenti e orientare la propria condotta sulla base delle indicazioni dell'amministrazione. Il mancato rispetto di tali predeterminazioni provoca una lesione all'affidamento che, non solo è direttamente collegato alla pretesa finale, ma che consente di mutare da un'obbligazione di mezzo a un'obbligazione di risultato, dal momento in cui la discrezionalità è esaurita.

¹³⁷ G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 202. "L'interesse legittimo, si è detto, è una posizione giuridica che ha per oggetto la cosiddetta possibilità normativa, ossia la *chance* legale. Fuori dai vincoli coperti dalla legge vi è il libero potere dell'amministrazione: l'affidamento si inserisce esattamente lì, ossia nello spazio rimasto libero all'esito dell'applicazione delle norme.

¹³⁸ *Ivi*, prosegue l'A. "in un caso del genere, il privato, che abbia fatto legittimamente affidamento sull'esito favorevole del procedimento, potrà agire di fronte al giudice (amministrativo) attraverso il rito avverso il silenzio-inadempimento laddove l'amministrazione non adotti il provvedimento finale. Il giudice dovrà pronunciarsi sulla fondatezza della

non più al corretto scioglimento della *chance*, ma al provvedimento finale, fatte salve appunto le eventuali sopravvenienze.

Dal lato della tutela giurisdizionale, in questa prospettiva, la condotta dell'amministrazione che non dovesse garantire l'obbligazione di risultato, sarebbe qualificabile come inadempimento (o inesatto adempimento, laddove sia intervenuto un provvedimento di diniego), aprendo alla possibilità di esperire l'azione di condanna al *facere* specifico, dal momento in cui la discrezionalità si è esaurita nell'autovincolo.

Al contrario, in assenza di un autovincolo che sia idoneo a ingenerare un affidamento ragionevole su un determinato risultato, capace di limitare i margini di discrezionalità dell'amministrazione, il privato potrebbe vantare solo una pretesa al corretto scioglimento della *chance* legale, dato che la presenza di un potere discrezionale impedisce la configurabilità di un'obbligazione di risultato¹³⁹.

4 Le tipologie di autovincolo rilevante: le assicurazioni europee e le altre condotte fondative dell'affidamento

Per quanto attiene alle tipologie di autovincoli effettivamente rispondenti a tali caratteristiche, ossia in grado di ingenerare un affidamento "rilevante"¹⁴⁰ sull'esito positivo del procedimento e pertanto idoneo a esaurire i margini di discrezionalità, si possono menzionare tutte quelle predeterminazioni che siano tradotte nell'adozione di atti scritti, come ad esempio, l'adozione di pareri preventivi affermativi, l'approvazione di piani o progetti ossia in atti endoprocedimentali.

pretesa dedotta in giudizio, trattandosi di una ipotesi in cui «non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità.»

¹³⁹ Sarebbe configurabile solo un'obbligazione di mezzo.

¹⁴⁰ In accordo con la giurisprudenza della Corte di giustizia, come evidenziato nel Capitolo II e come si ricorderà nel proseguo del paragrafo, per la configurazione di un affidamento legittimo, si richiede che questo sia rilevante.

In tali casi, il carattere formalizzato e “testuale” della determinazione, consente un controllo pieno sulla rispondenza tra le condotte successive poste in essere dall’amministrazione e i criteri predeterminati, evidenziandone le eventuali difformità.

Tuttavia – anche alla luce della giurisprudenza europea sul criterio delle rassicurazioni¹⁴¹ – è possibile affermare che tali caratteristiche, oltre che in atti, si possono rinvenire anche in comportamenti dell’amministrazione, laddove questi si concretizzino in indicazioni inequivoche sull’esito del procedimento.

Ciò consente di valorizzare i contatti “informali” che si sviluppano nella dimensione procedimentale.

La Corte di giustizia¹⁴², infatti, non richiede quale condizione necessaria ai fini della configurabilità di un affidamento meritevole di tutela la presenza di un atto o di un provvedimento: requisito indefettibile risulta piuttosto essere la “rilevanza” dell’affidamento.

In tal senso, ai fini della configurazione di un affidamento che possa definirsi rilevante – come si è già evidenziato – si valutano le condotte complessive delle parti¹⁴³ che si esplicano nel rapporto amministrativo.

In particolare, si richiede che l’amministrazione abbia fornito al privato “precise rassicurazioni” ovvero che abbia tenuto “comportamenti idonei a generare aspettative fondate”.

A loro volta poi, tali comportamenti o rassicurazioni devono rispondere a tre condizioni.

Innanzitutto, devono risultare conformi alle norme applicabili¹⁴⁴: in tal senso, non possono costituire fonte di un affidamento rilevante indicazioni o

¹⁴¹ Si è detto però che anche la giurisprudenza nazionale ha riconosciuto la configurabilità di un affidamento incolpevole, anche in assenza di un provvedimento, sulla base delle sole rassicurazioni rilasciate dall’amministrazione.

¹⁴² Cfr. Capitolo II.

¹⁴³ G. MANNUCCI, *L’affidamento*, cit., p. 68 e ss.

¹⁴⁴ Si veda la giurisprudenza richiamata nel secondo Capitolo.

dichiarazioni che si pongano in contrasto con la disciplina vigente in uno stato membro, né che si fondino su norme nazionali contrarie al diritto sovranazionale.

Inoltre, tali assicurazioni devono essere idonee a “generare fondate aspettative” nei confronti del soggetto a cui sono rivolte: devono quindi essere, da un lato, esplicite e, dall’altro, capaci di ridurre in concreto i margini di incertezza in riferimento all’esito della vicenda

Infine, si deve trattare di assicurazioni “precise, incondizionate e concordanti”, provenienti da “fonti autorizzate ed affidabili”, a prescindere dal loro numero. Ciò che rileva per la Corte non è tanto la quantità delle assicurazioni rilasciate, ma la loro idoneità a far sorgere “fondate speranze”.

Difatti, dal momento dell’apertura di un procedimento discrezionale¹⁴⁵ si origina una sequenza interlocutoria fra le parti – come, per altro, dimostra anche la previsione dell’art. 10 bis della L. n. 241¹⁴⁶ – nell’ambito della quale il privato inizialmente può vantare solo una pretesa al corretto scioglimento della *chance legale* e l’amministrazione è chiamata a compiere l’istruttoria in modo completo per decidere quale, fra le più soluzioni, adottare e dunque in che modo adempiere all’obbligo di provvedere.

Sulla base dello svolgimento dell’*iter* procedimentale, la decisione così individuata dall’amministrazione potrà, per esempio, intervenire soltanto all’esito della vicenda ovvero, essendo maturata nel corso del procedimento, essere preannunciata al privato anche nelle fasi antecedenti a quella decisoria,

¹⁴⁵ Nella logica del presente elaborato, come già evidenziato, a fronte di un potere vincolato in astratto, il privato vanta una vera e propria situazione giuridica di diritto di credito avente ad oggetto il bene finale ossia il provvedimento. Non vi sarebbe allora margine di scelta in quanto, qualora ricorrano i requisiti previsti dalla legge per il rilascio del provvedimento, l’amministrazione ha l’obbligo di emanarlo e il privato vanta un credito alla prestazione.

¹⁴⁶ L’art. 10 bis, anche alla luce della sua novella, ha regolato normativamente una sequenza procedimentale, dando rilievo e dunque riconoscendo tutti quei contatti che prima avvenivano in via “informale”. Il legislatore sembrerebbe aver colto dunque le dinamiche dialogiche che si verificano di frequente nei casi di atti ampliatori.

mediante comunicazioni, informazioni, rassicurazioni e comportamenti indirizzati in tal senso.

L'amministrazione, tuttavia, non ha alcun obbligo di fonte legale di comunicare in via anticipata il futuro accoglimento dell'istanza¹⁴⁷ in quanto l'art. 10 bis stabilisce solo l'obbligo di comunicare dei motivi ostativi all'accoglimento.

Laddove, quindi, questa decida di "esporsi" sull'esito dell'istanza presentata dal privato, le sue condotte non sono prive di rilevanza, ma possono, al contrario, arrivare a condizionare la decisione finale.

I comportamenti dell'amministrazione potrebbero dunque rappresentare veri e propri autovincoli non di origine legale né fattuale, ma discendenti dal principio di buona fede, quale norma di condotta che regola il rapporto fra le parti.

In questi casi, posto che la valutazione deve vertere sempre sull'attitudine di tali condotte a ridurre i margini di incertezza in riferimento all'esito del procedimento, i requisiti richiesti per raggiungere "lo *standard* di affidabilità" e portare così alla consumazione del potere risultano necessariamente più stringenti poiché manca un vero e proprio provvedimento che costituisca il parametro su cui valutare la coerenza del comportamento dell'amministrazione.

4.1 Le rassicurazioni quali comportamenti idonei a realizzare un effetto consumativo della discrezionalità

In accordo con questo ordine di idee, uno dei profili che merita maggior attenzione attiene al requisito di forma che devono soddisfare tali condotte per rispondere alle condizioni individuate ai fini dell'esperibilità dell'azione.

¹⁴⁷ Si parla di accoglimento da intendersi l'accoglimento dell'istanza, posto che tendenzialmente i provvedimenti "ampliatori" sono ad istanza di parte.

Nella prospettiva eurounitaria, sulla base di quanto ora ricordato, l'elemento formale risulta recessivo: ciò che rileva è l'attitudine sostanziale delle assicurazioni a far sorgere "fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui sono comunicate"¹⁴⁸.

Fuori dai casi in cui sussistano anche atti endoprocedimentali, semplici indicazioni o dichiarazioni orali, rese nell'ambito di un rapporto informale individuale, potrebbero però non risultare sufficienti in quanto non solo risulterebbe difficile controllarne il contenuto, ma anche sostenerne la rilevanza ai fini probatori.

In queste circostanze, si potrebbe ritenere che alle semplici dichiarazioni orali si debba aggiungere un elemento testuale in forma scritta, come ad esempio lo scambio di messaggi di posta elettronica¹⁴⁹ ovvero si potrebbe conferire valore, in senso rafforzativo delle dichiarazioni, ai verbali degli incontri avvenuti tra privato e amministrazioni o delle ispezioni compiute ai sensi dell'art. 6 della L. n. 241 del 1990¹⁵⁰.

Numerosi sono infatti i casi in cui, per la complessità del provvedimento da adottare o per le modalità della sua formazione, è necessario lo svolgimento di un'interlocazione continuativa e duratura con il privato nel corso del procedimento.

¹⁴⁸ A titolo esemplificativo si vedano le sentenze C. giust. 19 settembre 2024, *Giacomo Santini e altri contro Parlamento Ue*, C-198/21 P, punto 103; C. Giust. 23 gennaio 2019, *Deza/ECHA*, C-419/17, punti 69-70; C. Giust. 14 marzo 2013, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, C-545/11, punti 24 e 25.

¹⁴⁹ Per altro, l'uso degli strumenti telematici nei rapporti tra privati e amministrazioni è previsto dall'art. 3 bis della legge sul procedimento che afferma che "per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici)), nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati".

¹⁵⁰ L'art. 6 afferma al comma 1 lett. b) che il responsabile del procedimento "accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali".

Si pensi, alle fattispecie disciplinate dall'art. 11 della L. n. 241 del 1990 degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento¹⁵¹, ovvero alle ipotesi di *Project financing* disciplinate agli art. 193 e ss. del Codice dei Contratti pubblici¹⁵².

In tali situazioni, le amministrazioni che abbiano maturato una certa soluzione potrebbero prefigurare come certo, anche prima della conclusione del procedimento, l'esito favorevole dello stesso, ingenerando nel privato un ragionevole convincimento sull'ottenimento del provvedimento positivo.

Diversamente dalle semplici comunicazioni *inter partes*, potrebbero invece acquisire un valore autonomo quelle dichiarazioni, anche in forma orale, rese in contesti pubblici o istituzionali o le dichiarazioni effettuate a mezzo stampa¹⁵³.

Nondimeno, oltre al requisito di forma, affinché queste condotte possano ingenerare un affidamento rilevante, si ritiene che le rassicurazioni o i comportamenti debbano provenire da organi che abbiano la competenza per rilasciarle¹⁵⁴, ovvero organi che siano in grado di incidere sull'esito del procedimento.

¹⁵¹ L'art. 11 della legge sul procedimento prevede, al primo comma, che “in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. Al comma 1 bis stabilisce invece che, “al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati”.

¹⁵² Il D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹⁵³ In un caso (Sent. Cass. sez. un. 28 aprile 2020, n.8236), la giurisprudenza nazionale ha ritenuto meritevole di tutela l'affidamento ingenerato da un'amministrazione comunale sulla base delle sole condotte, in assenza di un provvedimento: questa, infatti, aveva indotto “con la formulazione di apprezzamenti positivi sul piano dell'opera, con la divulgazione sui giornali del progetto di intervento edilizio” a confidare ragionevolmente nel positivo esito del procedimento ampliatorio.

¹⁵⁴ Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., L'autore ritiene che autovincoli dell'amministrazione in grado di generare un affidamento rilevante siano rappresentati dalle cosiddette informazioni, dalle promesse e dagli “atti di collaborazione”, come le convenzioni (pp.156-197). In particolare, pp. 168-169 in riferimento alle “promesse”

La giurisprudenza europea, sotto questo profilo, afferma che le rassicurazioni devono provenire da “fonti autorizzate e affidabili”.

In tal senso, si potrebbe ritenere che corrispondano a una “fonte affidabile e autorizzata” il responsabile unico del procedimento¹⁵⁵ così come l’organo competente per l’emanazione dell’atto.¹⁵⁶

Più problematico potrebbe essere invece il caso in cui il superiore gerarchico, rilasci dichiarazioni in luogo dell’ufficio sotto-ordinato: in tali circostanze acquisterà un valore centrale il carattere esclusivo o meno della competenza di quest’ultimo.

Inoltre, la qualificazione dell’organo come affidabile potrebbe implicare una valutazione di tipo soggettivo che potrebbe generare incertezze.

Si potrebbero infatti verificare casi in cui la mancanza di competenza o di affidabilità è riconoscibile ed evidente sulla base dell’ordinaria diligenza per cui la rilevanza delle rassicurazioni ricevute da un organo incompetente o tecnicamente inaffidabile è da escludere.

Al contrario, nei casi in cui l’incompetenza non emerge con chiarezza e magari non è riconoscibile nemmeno con la diligenza professionale

rilasciate dalla P.A. al destinatario del provvedimento, l’A. afferma che condizione indispensabile affinché una promessa sia vincolante per l’amministrazione è che il soggetto che l’ha espressa (promittente) sia competente ad emanare il provvedimento o che comunque in grado di incidere sul contenuto dello stesso.

Si vedano anche pp.162 e 163 in riferimento alle “informazioni” rilasciate dalla P.A. nell’ambito di uno specifico procedimento con il privato.

¹⁵⁵ Ai sensi dell’art. 6 comma 1 lett. d) della L. n. 241 del 1990 il responsabile del procedimento “cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti”.

¹⁵⁶ L’art. 5 della L. n. 241 del 1990, rubricato “responsabile del procedimento”, definisce ulteriori criteri di competenza in quanto prevede che “il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o altro dipendente addetto all’unità la responsabilità dell’istruttoria e di ogni altro adempimento inerente al singolo procedimento nonché, eventualmente, dell’adozione del provvedimento finale. Fino a quando non sia effettuata l’assegnazione di cui al comma 1, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell’articolo 4. L’unità organizzativa competente ((, il domicilio digitale)) e il nominativo del responsabile del procedimento sono comunicati ai soggetti di cui all’articolo 7 e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse”.

dell'operatore di settore, la soluzione appare più problematica, soprattutto se si considera la necessità di rispettare il principio di legalità e la tutela dei terzi.

In questa logica, sulla scorta del diritto europeo, un ulteriore requisito fondamentale è rappresentato dalla conformità delle assicurazioni alla legge, non potendo l'amministrazione vincolarsi a tenere una condotta illegittima¹⁵⁷.

La Corte di giustizia, infatti, richiede espressamente che le assicurazioni siano conformi alle norme applicabili: non si può, pertanto, configurare un affidamento *contra legem*.

Come si è già rilevato nei capitoli precedenti, questo aspetto spesso viene meno nella dimensione nazionale, quantomeno nella ricostruzione classica dell'affidamento legittimo nell'annullamento d'ufficio, in cui il modello ponderativo accorda tutela all'interesse prevalente, a prescindere dalla legittimità del provvedimento fondativo dell'affidamento.

Un aspetto di criticità in questi casi potrebbe riguardare l'onere di diligenza richiesto al privato: dal momento che la violazione è compiuta dall'amministrazione, è prefigurabile un onere in capo al privato destinatario della assicurazione di avvedersi dell'illegittimità?

I giudici europei, valorizzando la diligenza professionale, escludono che possa configurarsi un affidamento meritevole di tutela qualora un operatore diligente e accorto del settore sia in grado di rilevare la contrarietà alla legge del provvedimento. Anche la disciplina nazionale del Codice dei contratti pubblici (art. 5) si allinea a tale soluzione.

¹⁵⁷ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p.165-166. Qualora dunque l'amministrazione disattenda un criterio da lei imposto avente carattere illegittimo, si potrà porre se mai un problema di responsabilità della stessa, ma è difficile pensare di condannare al rilascio di un provvedimento *contra legem*.

Infine, ai fini del giudizio di idoneità delle assicurazioni a ingenerare l'affidamento, consumando la discrezionalità, si dovrebbe valutare la sussistenza di alcuni requisiti di natura sostanziale.

Posto che – come si è detto – si richiede l'attitudine di tali comportamenti a ridurre i margini di incertezza sull'esito del procedimento, risulta indispensabile che si tratti innanzitutto di indicazioni e assicurazioni inequivoche, nel senso che non devono essere ambigue o contraddittorie.

Inoltre, in accordo con la giurisprudenza della Corte di giustizia, tali indicazioni dovrebbero essere esplicite, non rilevando né il mero passaggio del tempo, né l'esistenza di un precedente conforme o il silenzio dell'amministrazione¹⁵⁸.

La loro capacità di ingenerare un affidamento rilevante sarà tanto maggiore quanto più possiedano caratteri di univocità, chiarezza e precisione: nella prospettiva europea le assicurazioni, infatti devono essere “precise, incondizionate e concordanti”.

In ogni caso però, in virtù del principio di autoresponsabilità, la fiducia riposta dal privato nel comportamento dell'amministrazione “non esenta il potenziale danneggiato dall'ordinaria diligenza nel regolare la propria condotta”¹⁵⁹.

Inoltre, nonostante la giurisprudenza europea sostenga l'irrilevanza del *quantum* di assicurazioni rese, si può ritenere che il convincimento tanto più potrà essere fondato, quanto più l'amministrazione abbia reso un numero maggiore di indicazioni inequivoche.

¹⁵⁸ Cfr. Capitolo II. L'affidamento non deve essere confuso la mera speranza di ottenimento del bene: è sempre richiesta la presenza di indici ulteriori.

¹⁵⁹ Come si è già ricordato nel Capitolo I. F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione* in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2018, p. 825.

L'amministrazione, in termini generali, dovrebbe comunque conservare la facoltà di mutare il proprio indirizzo prima della conclusione del procedimento ai fini di perseguire l'interesse pubblico.

Si potrebbe tuttavia affermare che l'operatività e le conseguenze di tale mutamento variano a seconda del momento in cui esso interviene.

Un cambio di indirizzo che intervenga nella fase iniziale del procedimento, quando ancora l'istruttoria deve essere completata e dunque sussistono pochi elementi in grado di ingenerare un affidamento ragionevole, avrà un impatto minore rispetto al caso in cui il mutamento avvenga all'esito del procedimento, dopo plurime rassicurazioni univoche rilasciate al privato sull'ottenimento del provvedimento favorevole, in forza del quale questi può aver regolato le proprie azioni.

Si può pensare che, in questo secondo caso, i "segmenti" di discrezionalità residui siano pochi o nulli.

E solo l'esaurimento della discrezionalità, in presenza delle altre condizioni previste dalla legge, consente l'esperibilità dell'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto ex art. 34, primo comma, lett. c).

Laddove, quindi, non ricorrano invece tutti gli elementi costitutivi della tutela in forma specifica, il privato potrebbe comunque ottenere riparazione mediante la tutela condanna per equivalente per violazione della buona fede.

In accordo con quanto emerso nel paragrafo precedente, tali indicazioni devono infine essere "spontanee", nel senso che devono essere adottate, da parte dell'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità¹⁶⁰ nel procedimento e non in forza di una norma di legge o di un atto amministrativo generale.

¹⁶⁰ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p. 168. L'A. sostiene che si ha "promessa nei soli casi in cui, essendo libera l'autorità sul punto dell'*an*, l'amministrazione preannuncia un proprio futuro provvedimento.

In tali ipotesi, non potrebbe infatti configurarsi un rapporto amministrativo nell'ambito del quale possa emergere un affidamento meritevole di tutela.

4.2 Il ruolo della buona fede quale norma di condotta a fronte dell'inadempimento dell'amministrazione

L'affidamento ingenerato dalle assicurazioni può essere disatteso – come già ricordato – sia nel caso in cui, all'esito del procedimento, l'amministrazione rimanga inerte sia qualora emani un provvedimento di diniego dell'istanza.

Nel primo caso¹⁶¹, la violazione della buona fede cui si riconduce l'affidamento, intesa quale norma di condotta, potrà innescare – oltre a pretese risarcitorie – anche la tutela in forma specifica laddove ricorrano le condizioni previste dall'azione, mancando, per altro, nella fattispecie un atto del quale valutare la validità.

Nel secondo caso, ai fini dell'esperibilità dell'azione di condanna in forma specifica il codice prevede la contestuale proposizione dell'azione di annullamento.

Potrebbe, pertanto sorgere il dubbio che la buona fede, in tali circostanze, assuma i caratteri di una norma di validità.

Tuttavia, ciò che rileva nella lesione subita dal privato non è tanto il carattere illegittimo del provvedimento, quanto la sua inidoneità a soddisfare in modo corretto la prestazione.

E dunque, anche in questi casi, questi dovrebbe avere la facoltà di azionare lo strumento più adeguato ai fini di ottenere un adempimento esatto, quantunque corrisponda all'adempimento specifico.

La regola di buona fede, in accordo con questo ordine di idee, anche in presenza di un provvedimento, rileverebbe sempre quale norma di condotta,

¹⁶¹ Stando alla lettera del codice l'azione di adempimento dovrà comunque essere proposta contestualmente all'azione avverso il silenzio.

ossia come parametro in base al quale “misurare” la correttezza del comportamento complessivo dell’amministrazione, anche allorquando questo si sia tradotto nell’adozione di un atto.

L’atto illegittimo, infatti, non costituisce l’oggetto del giudizio, ma rappresenta una delle varie forme in cui può manifestarsi l’inadempimento.

CONCLUSIONI

Questo elaborato ha messo in luce un primo dato rilevante: il termine affidamento è richiamato per fare riferimento a istituti e situazioni tra loro eterogenei, ma comunemente sovrapposti e ricondotti a unità.

Si è pertanto tentato di individuare – attraverso l’analisi tanto della prospettiva nazionale quanto della dimensione eurounitaria – una concezione di affidamento idonea garantire effettivamente, ai sensi articolo 24 della Costituzione, la posizione del privato anche nei confronti dei pubblici poteri.

La nozione di affidamento tipicamente indica infatti uno stato di fiducia riposto da un soggetto sull’ altrui comportamento.

Non vi è però un’impostazione univoca su quale sia la pretesa che discende da questo stato di fiducia e che possa essere concretamente vantata dal privato.

In questa logica, è venuto dunque da chiedersi se sia riconoscibile in capo al privato una pretesa alla stabilità del provvedimento emanato, sulla base dell’affidamento inteso quale proiezione del principio di certezza del diritto; ovvero se la fiducia debba rivolgersi al comportamento complessivo tenuto dall’amministrazione nel procedimento, valorizzando il carattere relazionale del rapporto tra pubblici poteri e privato.

Nel primo capitolo si è tentato di verificare entrambe queste impostazioni, con esiti tuttavia divergenti.

Nonostante nel diritto pubblico questo stato di fiducia si proietti tradizionalmente sulla stabilità delle decisioni dell’amministrazione, l’analisi del modello ponderativo e della disciplina normativa dell’annullamento d’ufficio hanno fatto emergere alcuni elementi di criticità, richiedendo un ripensamento della posizione di affidamento effettivamente meritevole di tutela e dunque dei valori coinvolti.

In particolare, in tali ipotesi, è venuto da domandarsi se l’ordinamento possa tollerare la prevalenza sull’interesse pubblico di un interesse privato,

ancorché fondato su un provvedimento illegittimo, e se dunque se sia ammissibile una posizione di affidamento su un provvedimento illegittimo.

Nella prima parte del lavoro, si è tentato di dare una soluzione a questo interrogativo evidenziando come la prospettiva classica, sotto questo profilo, non solo si ponga in tensione con il principio di legalità, ma anche e soprattutto come finisca per sovrapporre la tutela dell'affidamento a quella dell'interesse legittimo, mancando di proteggere invece proprio quest'ultimo.

Al contrario, in accordo con l'impostazione accolta in questo elaborato, l'interesse effettivamente meritevole di tutela nelle ipotesi di annullamento d'ufficio è proprio quest'ultimo, inteso quale situazione soggettiva avente la struttura di un diritto di credito al corretto scioglimento della *chance* legale.

La pretesa vantata nei confronti dell'amministrazione, anche sulla scorta dell'ordinamento europeo, non può quindi ricadere sul mantenimento di una posizione acquisita in virtù di un provvedimento contrario alla legge. Nell'annullamento d'ufficio a venir leso è dunque l'interesse legittimo, avente la struttura di un'obbligazione di mezzo, che, ove non soddisfatta adeguatamente dal primo provvedimento che non ha sciolto correttamente l'incertezza normativa, potrebbe trovare tutela sul piano risarcitorio.

Il richiamo all'affidamento in tali fattispecie risulta pertanto forviante poiché non consente di proteggere in modo effettivo la situazione soggettiva di cui è titolare il privato.

Nondimeno, al di fuori delle ipotesi di autotutela, lo stato di fiducia sul comportamento altrui può invece trovare un'adeguata protezione, nella misura in cui si ponga a fondamento dell'affidamento non più la certezza del diritto, ma il principio di buona fede, intesa quale regola di condotta che, ove violata, innesca pretese solo di tipo riparatorio.

In accordo con questa seconda accezione di affidamento, si è valutato se il privato possa vantare sulla base di affidamento c.d. incolpevole una pretesa alla correttezza e non contraddittorietà della condotta amministrativa,

quale espressione degli obblighi di protezione discendenti dalla buona fede, alla stregua di quanto avviene nelle trattative precontrattuali fra privati.

Dal dovere di buona fede discende infatti il divieto di ingenerare convincimenti che vengano disattesi da condotte successive.

Tuttavia, nel momento in cui l'affidamento civilistico si inserisce nella dimensione procedimentale amministrativa, emergono alcune differenze – dovute alle peculiarità del rapporto amministrativo – che devono essere tenute in considerazione.

Innanzitutto, mentre nella fase formativa del regolamento negoziale la volontà delle parti è tendenzialmente libera, nella dimensione amministrativa, la formazione della decisione della p.a. è comunque scandita dalle regole procedurali e dai principi generali che orientano l'azione amministrativa.

Un autonomo spazio di rilevanza per l'affidamento, in tal senso, vi può essere solo ove siano presenti “frammenti” della fattispecie non normati, in cui l'amministrazione può spendere la sua discrezionalità.

Di fronte al potere discrezionale, il privato può vantare astrattamente solo un diritto al corretto scioglimento della *chance* legale.

Tuttavia, laddove l'amministrazione decida di spendere la propria discrezionalità mediante atti o comportamenti fondativi di un affidamento ragionevole sull'esito favorevole del procedimento, arrivando a esaurire lo stesso margine di scelta, la pretesa finale potrebbe assumere le caratteristiche non più di un'obbligazione di mezzo, ma di un'obbligazione di risultato.

Il contenuto di tale obbligazione coinciderebbe così con il diritto all'ottenimento del provvedimento richiesto dal privato.

Sul piano delle tutele processuali, qualora l'amministrazione, all'esito del procedimento, dovesse provvedere in senso diverso da quello “promesso”, deludendo l'affidamento ingenerato nel privato, tale condotta sarebbe qualificabile come inadempimento, aprendo così alla possibilità – ove ricorrano le condizioni previste dagli articoli 31 comma 3 e 34 comma 1 lett.

c) del Codice del processo amministrativo – della tutela di condanna in forma specifica, ovvero, in mancanza, della condanna per equivalente.

Nella stessa prospettiva, emerge una seconda differenza con il diritto dei contratti: se, infatti, nelle trattative precontrattuali l'affidamento, quale corollario della buona fede oggettiva, fonda una pretesa preliminare e autonoma rispetto alla pretesa principale (la conclusione del contratto); nel rapporto amministrativo, a fronte del potere discrezionale, l'affidamento ha un legame diretto con la pretesa principale (il diritto al corretto scioglimento della *chance* legale), potendo arrivare a condizionare l'esito finale del procedimento.

Nondimeno, tanto la giurisprudenza nazionale, quanto l'elaborazione dottrinale maggioritaria, mantengono forti riserve in merito alla possibilità di riparare il danno da lesione dell'affidamento incolpevole mediante una condanna in forma specifica: molte di queste derivano verosimilmente dall'adesione a una nozione di interesse legittimo ancora coincidente con l'interesse all'ottenimento del provvedimento favorevole.

Questo comporta, come è stato evidenziato nel secondo capitolo, ricadute rilevanti sulla nozione di affidamento: la Cassazione, soprattutto ai fini del riparto di giurisdizione, lo qualifica come un diritto soggettivo a tutti gli effetti, mentre il Consiglio di Stato lo configura come un principio, riferibile ora a diritti soggettivi, ora a interessi legittimi.

La ricostruzione della nozione di affidamento delineata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea segue invece un approccio di tipo sostanzialista, accordando, allo stesso tempo, un valore centrale al principio di legalità.

Il diritto eurounitario, che si ispira alle elaborazioni del diritto tedesco, ne individua il fondamento nel principio di certezza del diritto; tuttavia, ai fini della configurabilità di un affidamento meritevole di tutela, la giurisprudenza attribuisce un ruolo fondamentale ai comportamenti dell'amministrazione più che ai provvedimenti.

In questa prospettiva, l'affidamento, per essere considerato legittimo, deve essere soprattutto "rilevante", nel senso che il privato, per poter vantare una qualche pretesa nei confronti dell'amministrazione, deve avere ricevuto da fonti "affidabili e autorizzate" delle rassicurazioni, precise, incondizionate, concordanti, conformi alle norme applicabili e in grado di ridurre i margini di incertezza sull'esito del procedimento.

In assenza di comportamenti o indicazioni idonei a generare aspettative fondate in molti ambiti del diritto europeo non può venire in essere alcun affidamento legittimo.

Sulla scorta di questa impostazione, anche la giurisprudenza nazionale ha progressivamente riconosciuto la configurabilità di un affidamento incolpevole meritevole di protezione anche in assenza di un provvedimento.

Nondimeno, sul piano della tutela processuale, residuano ancora forti resistenze in merito all'ammissibilità di un'azione di condanna in forma specifica per tali ipotesi: nonostante i numerosi indici ordinamentali a favore dell'esauribilità del potere amministrativo, si fatica a immaginare che la consumazione della discrezionalità possa avvenire a opera di soli comportamenti dell'amministrazione.

In effetti, il Codice del processo amministrativo prevede che, nell'ambito della condanna all'adempimento in forma specifica, il giudice di cognizione possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa solo laddove non residuino margini di discrezionalità e adempimenti istruttori riservati all'amministrazione, consentendo dunque l'esperibilità dell'azione sia nelle ipotesi di vincolatezza in astratto che in quelle di potere vincolato in concreto.

In simili situazioni, l'esigenza di tutela in forma specifica si manifesta in particolare nelle ipotesi di richiesta di atti ampliativi.

In questi casi, la condanna al rilascio del provvedimento richiesto – in alternativa alla condanna per equivalente – consentirebbe al ricorrente l'esatta soddisfazione della situazione soggettiva lesa, in accordo con i principi di effettività e atipicità della tutela giurisdizionale.

Nelle ipotesi in cui l'amministrazione abbia ingenerato un ragionevole affidamento sull'esito positivo del procedimento, spendendo il suo potere di scelta, si potrebbe affermare che la discrezionalità si è consumata e che l'attività amministrativa ha assunto un carattere di vincolatezza in concreto.

La successiva condotta dell'amministrazione che dovesse restare inerte o provvedere in senso negativo, sarebbe qualificabile come inadempimento, riparabile nelle forme e con gli strumenti previsti dal Codice.

In tal senso, certamente sono considerati elementi idonei a generare un affidamento rilevante e in grado di esaurire la discrezionalità, gli autovincoli posti in essere dall'amministrazione in relazione alla decisione da prendere in uno specifico procedimento.

Per autovincoli si fa riferimento tutte quelle predeterminazioni, che si traducono in atti endoprocedimentali, con cui l'amministrazione si autolimita in riferimento alla futura condotta da tenere per l'adozione del provvedimento.

Nondimeno, in accordo con il criterio delle rassicurazioni elaborato dalla Corte di Giustizia, possono essere individuati anche altre condotte dell'amministrazione che, pur non avendo carattere testuale o formalizzato, possiedono comunque le caratteristiche necessarie a fondare un affidamento che consenta di vantare non solo una pretesa di mezzo, ma anche di risultato.

In questa prospettiva, occorrerà che il giudice compia una valutazione in concreto per verificare l'idoneità di tali condotte da un punto di vista oggettivo e da un punto di vista soggettivo ad assurgere a autovincoli "a-provvedimentali".

Per il primo profilo, sarà necessario innanzitutto verificare l'elemento formale: semplici dichiarazioni orali non accompagnate da alcun elemento testuale non possono considerarsi sufficienti. Inoltre, si richiederà che tali indicazioni siano conformi alla legge, non potendo l'amministrazione vincolarsi a tenere una condotta illegittima.

Dovrà poi essere valutato il loro contenuto, sia dal punto di vista quantitativo che da quello sostanziale: si può ritenere che tendenzialmente il convincimento ingenerato sarà tanto più forte quanto più sarà maggiore il numero di rassicurazioni ricevute.

In ogni caso però queste dovranno avere carattere univoco, esplicito e non contraddittorio, in modo da ridurre i margini di incertezza.

Sotto il profilo soggettivo si dovrà accertare la provenienza di dette dichiarazioni da uffici o organi competenti per rilasciarle o comunque in grado di influenzare la decisione finale.

Al contempo, il diritto eurounitario, in linea con l'articolo 5 del D.lgs. n. 36 del 2023, impone di valutare il rispetto degli standard di diligenza professionale richiesti al privato destinatario del provvedimento, dal momento che questi sarà tendenzialmente un operatore abituale del settore.

Non ogni contatto di natura “a-provvedimentale” sarà da considerarsi rispondente alle caratteristiche ora delineate, altrimenti si correrebbe il rischio di stimolare atteggiamenti di burocrazia difensiva o di ridurre gli spazi del contraddittorio endoprocedimentale non tipizzato.

Il giudice, infine, non dovrà mai sostituirsi all'amministrazione per le sequenze di procedimento ancora non completamente istruite, pena la violazione del principio di separazione dei poteri, che rappresenta il cardine dello Stato di diritto.

BIBLIOGRAFIA

ACQUARELLI, N., *Contro la doverosità dell'annullamento d'ufficio* in *Diritto pubblico*, 3/2022

ACQUARELLI N., *L'accertamento nel processo amministrativo. Considerazioni sulla concreta operatività della tutela dichiarativa dell'interesse legittimo* in *Diritto Pubblico*, 3/2024

ALBANESE A., *Il sindacato sulla discrezionalità nell'ordinamento europeo* in Torricelli S. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità, Sistemi giuridici a confronto atti del colloquio Firenze, 13 aprile 2018*, Giappichelli, Torino, 2018

ALBANESE A., *Buona fede contratto legge in Europa e diritto privato*, 1/2020

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965

ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005

BALDI PAPINI U., *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, Firenze, Carlo Cya, 1939

BARONE G., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo* in *Diritto amministrativo*, 2002

BENATTI F., *Responsabilità precontrattuale* in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1963

BENVENUTI F., *Autotutela* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè IV, 1988

BESSONE M. – D'ANGELO A., *Buona fede* in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1988

BONTEMPI V., *La lesione dell'affidamento incolpevole radica sempre la giurisdizione ordinaria* in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2020

CAPRA G., *Il danno da provvedimento favorevole annullato: riflessioni in punto di giurisdizione e di affidamento del privato* in *Foro Amministrativo*, 11/2021

- CAPUTI-JAMBRENGHI M.T.P, *Il principio del legittimo affidamento* in RENNA M.-SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012
- CARBONE A., *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1/2018
- CARBONE A., *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Una proposta di confronto* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2021
- CARBONE A., *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1/2022
- CARBONE A., *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità nel diritto amministrativo* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2023
- CARBONE A., *A mo' di prime conclusioni. Sulla riflessione su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo* in *P.A. Persona e amministrazione*, 2/2024
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, Edizioni scientifiche italiane, 1951
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo* in *Jus*, 1976
- CASTRONOVO C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e diritto privato*, 1/ 2010
- CASTRONOVO C., *La civilizzazione della pubblica amministrazione* in *Europa e diritto privato*, 3/ 2013
- CAVALLARO M.C. *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022
- CAVALLARO M.C., *L'azione di condanna nel codice del processo amministrativo: spunti per una diversa ricostruzione* in *Il Processo*, 2/2022
- CERBO P., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini* in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2017

- CERBO P., *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1/2020
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2012
- CERULLI IRELLI, V. *Sul principio del legittimo affidamento* in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 2014
- CERULLI IRELLI V., *Verso nuovi assetti del potere amministrativo e della tutela delle situazioni protette*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2021
- CHIEPPA R., *Provvedimenti di secondo grado* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011
- CIMINI S., *Buona fede e responsabilità da attività provvedimento della P.A.*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2018
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989
- CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3/2005
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2021
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2022
- CLARICH M., RAMAJOLI M., *Diritto Amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, ETS, 2021,
- CLARICH M., *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022
- CLARICH M., *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 3/2024
- COMPORTI D.G., *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione* in *Giurisprudenza italiana*, 8-9/2018

- COMPORTI G.D., *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini* in *Giurisprudenza italiana*, 2/2020
- CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969
- CORSO G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro Italiano*, 7-8/1989
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008
- CUDIA C., *Eccesso di potere e clausole generali*, in Torricelli S. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità, Sistemi giuridici a confronto atti del colloquio Firenze, 13 aprile 2018*, Giappichelli, Torino, 2018
- CUDIA C., *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Diritto Pubblico*, 2/2019
- CUFFARO V., *Responsabilità precontrattuale* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1988
- D'ANGELOSANTE M., *Discorrendo su inesauribilità e consumazione del potere amministrativo a partire da un recente studio* in *Diritto pubblico*, 3/2019
- DAMONTE R., *L'azione di condanna* in M.A. Sandulli (a cura di), *Il giudizio amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023
- DE PRETIS D., *I principi del diritto amministrativo europeo* in RENNA M.-SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012
- DEGLI INNOCENTI F., *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento* in *Giustizia civile*, 1/2021
- DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo Europeo. Principi e Istituti*, Milano, Giuffrè, 2006

- DI BENEDETTO L., *L'esauribilità della discrezionalità amministrativa tra buona fede ed effettività della tutela* in *Foro Amministrativo*, 2/2022
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3/2013
- FERRARA L., *Individuo e potere in un giuoco di specchi* in *Diritto pubblico*, 3/2016
- FERRARA L., *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia* in *Diritto amministrativo*, 3/2021
- FERRARA L., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2024
- FERRARA L., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2025
- FLORIAN S., *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell'Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2022
- FRAGOMENI C., *Effettività della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministrativo* in *Diritto Economico*, 2/2023
- GAJA G. – ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'unione europea*, Roma; Bari, Laterza, 2021
- GALETTA D.U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata* in *Diritto Amministrativo*, 4/2008
- GIGLI A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016
- GILBERTI B., *Appunti per una riflessione di tema di stabilità del giudicato nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022
- GRECO G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema* in *Diritto societario*, 2/2016
- GRECO G., *Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3/2025

- GIANI, L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939
- GIURICKOVIC DATO A., *Sul principio del legittimo affidamento* in *Diritto e Processo amministrativo*, 1/2018
- GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, CEDAM, 1938
- GUICCIARDI E., *Recensione a K.H. Schmitt*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936
- GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957
- LORENZONI L., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Diritto amministrativo*, 1/2020
- MAGRI M., *Dalla salvezza degli ulteriori provvedimenti al limite del potere non ancora esercitato. Sindacato sostitutivo e riedizione del potere (applicazioni giurisprudenziali e problemi aperti)* in F. FRANCARIO-M.A. SANDULLI (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023
- MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995
- MANGANARO F., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento* in *Diritto Amministrativo*, 1-2/2016
- MANNUCCI G., *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo* in *Diritto Amministrativo*, 2/2017
- MANNUCCI G., *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela* in Torricelli S. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità, Sistemi giuridici a confronto atti del colloquio Firenze, 13 aprile 2018*, Giappichelli, Torino, 2018.
- MANNUCCI G., *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023

- MANNUCCI G., *Buona fede e affidamento nel codice dei contratti pubblici: mito o realtà?* in *Diritto amministrativo*, 3/2025
- MASSERA A., *I principi generali, Trattato di diritto amministrativo europeo, parte generale*, tomo I, M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), Milano, Giuffrè, 2007
- MAZZAMUTO M., *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati* in *Diritto processuale amministrativo*, 1/ 2018
- MENGONI L., *Scritti II-Obbligazioni e Negozio*, Milano, Giuffrè, 2011
- MENCHINI S., *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2020
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino (buona fede e affidamento nel diritto pubblico)*, Milano, Giuffrè, 1970
- MERUSI F., *Buonafede e affidamento del cittadino. Dagli anni 30' all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i cosiddetti poteri impliciti* in *GiustAmm.it*, www.giustam.it, 2007
- NAPOLITANO C., *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6/2016
- NAPOLITANO C., *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'adunanza plenaria* in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1/2023
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo 1, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1974,
- NICOLUSSI A., *La natura relazionale della responsabilità «preprovvedimentale» della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Europa e diritto privato*, 4/2021
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1976

- PAGANO F.F., *Legittimo affidamento e attività legislativa in Diritto pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018
- PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo in Rivista di diritto processuale*, 2/2012
- PAGNI I., *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di un pro-cessualcivilista*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2020
- PAOLANTONIO N., *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo in Diritto processuale amministrativo*, 2/2020
- PAOLANTONIO N., *Buona fede e affidamento delle parti in P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022
- PAOLANTONIO N., *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Diritto dell'economia*, 3/2022
- PERFETTI L.R., *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia in P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022
- PERFETTI L. R., *Processo e potere nel prisma del giudicato amministrativo: l'asimmetria ribaltata. rileggendo la voce «giudicato amministrativo» di Feliciano Benvenuti in P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022
- PIETROBON V., *Affidamento in Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1988
- PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1990
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative - Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997

- PROFETA A., *Osservazioni sui principi generali del diritto dell'Unione europea: la tutela del legittimo affidamento in Amministrazione in cammino*, 1/2022
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2012
- RAMAJOLI M., *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento in Diritto Processuale Amministrativo*, 3/2014
- RAMAJOLI M., *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo in Diritto processuale amministrativo*, 3/2022,
- RACCA G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000
- RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità della pubblica amministrazione in Diritto amministrativo*, 3/2005
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969
- ROMANO S., *Buona fede in Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1959
- ROMANO TASSONE A., *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento: a proposito di un libro recente in Diritto Amministrativo*, 2/2004
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001
- SACCO, R., *Affidamento in Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958
- SANDULLI M.A. *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 1/2022
- SANDULLI M.A., *Il giudizio amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024
- SCOCA F.G., *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021
- SCOCA S.S., *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4/2012

- SCOGNAMIGLIO A., *Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011
- SCOGNAMIGLIO A., *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna in Diritto Processuale Amministrativo*, 2/2017
- TORRENTE A. – SCHELSINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2019
- TORRICELLI S., *Eccesso di potere e trasformazione della discrezionalità* in Torricelli S. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità, Sistemi giuridici a confronto atti del colloquio Firenze, 13 aprile 2018*, Giappichelli, Torino, 2018
- TORRICELLI S., *Buona Fede e confini di imparzialità nel rapporto procedimentale* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022
- TRAVI, A., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1/2018
- TRAVI A., *Considerazioni su alcuni sviluppi recenti della tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Ius*, 3/2024
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino* in *Diritto Amministrativo*, 4/2005
- TRIMARCHI BANFI F., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione* in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2018
- TRIMARCHI M., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2017
- TRIMARCHI M., *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione* 2/2018
- TRIMARCHI M., *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n.120 del 2020*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2022

- TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere amministrativo, profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023
- TRIMARCHI M., *A proposito di "potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)"*, di Andrea Carbone in *Diritto processuale Amministrativo*, 4/2021
- TRIMARCHI M., *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022
- TRIMARCHI M., *Sulla responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione* in *Diritto Amministrativo*, 3/2022
- TRIMARCHI M., *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1/2022
- TRIMARCHI M., *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell'esercizio della funzione amministrativa* in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2024
- TROPEA G., *Buona fede e processo amministrativo* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022
- VETTORI G., *La buona fede nella "nuova" legalità plurale* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2022
- VETTORI G., *Contratto e rimedi*, Napoli, CEDAM, 2021
- VILLATA R., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2/2021
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024
- ZINZI M., *Il legittimo affidamento in assenza di provvedimento. La fairness d'ispirazione britannica e l'implementazione in Italia* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2022

ZITO A., *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità* in *Diritto Amministrativo*, 1/2023