



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXVI

**Inesauribilità del potere amministrativo e legittimo
affidamento: prospettive per un nuovo equilibrio?**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Dottoranda

Dott.ssa Beatrice Manni

Supervisore

Chiar.mo Prof. Wladimiro Gasparri

Coordinatore

Prof.ssa Maria Luisa Vallauri

Anni 2020/2024

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
1. L'AFFIDAMENTO: CONTORNI E SFUMATURE DI UN CONCETTO .9	
1. Cos'è l'affidamento? Le difficoltà di una risposta univoca	9
1.1. Lo strano caso dell'affidamento: tra incertezze teoriche e imprescindibilità pratica.....	9
1.2 L'affidamento nel diritto privato: una questione di fiducia	13
1.3 L'affidamento nel diritto pubblico: una questione di aspettativa	18
1.4 L'affidamento legittimo: l'origine nella certezza del diritto	23
2. L'affidamento secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea	28
2.1 La teorizzazione comunitaria dell'affidamento tra influenze predominanti e specificità dell'ordinamento sovranazionale	28
2.2 La tutela dell'affidamento a fronte dei mutamenti di regolazione: una questione di prevedibilità.....	32
2.3 L'affidamento di fronte al ritiro di atti illegittimi. L'esclusione di una protezione automatica degli interessi in gioco: il bilanciamento	38
3. Affidamento e potere legislativo: il silenzio del legislatore e il difficoltoso inquadramento della Corte Costituzionale	41
3.1. Fondamento (dal combinato disposto alla generalizzazione dell'art.3 Cost.) 41	
3.2 La incerta e dubbia evoluzione delle tecniche di tutela	47
3.3 Il primo riconoscimento positivo: lo Statuto dei diritti del contribuente 53	
4. Affidamento e potere amministrativo: per un primo inquadramento alla luce dell'impostazione tradizionale.....	59
4.1 L'inesauribilità del potere amministrativo	59
4.2. Il contrapposto interesse alla stabilità del provvedimento	64
4.3. Il dissolvimento dell'affidamento nella discrezionalità amministrativa all'interno della dinamica ponderativa	69
2. PROFILI EVOLUTIVI DELL'AFFIDAMENTO NEI CONFRONTI DELL'ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE DELL'AMMINISTRAZIONE	74
1. Affidamento e provvedimento: l'ambito tradizionale	74
1.1. L'autotutela amministrativa: i dubbi sull'attuale utilità del concetto ..	74
1.2 L'annullamento d'ufficio: la legalità alla prova dell'affidamento	80
1.3 La revoca: da privilegio a funzione	85
2. L'imprescindibile esigenza di responsabilizzazione dell'amministrazione alla base dei nuovi modelli di tutela	92

2.1 <i>La tecnica del bilanciamento: una “non” tutela</i>	92
2.2. <i>La difficoltosa emersione del danno da lesione dell’affidamento</i>	97
2.3 <i>Quali tecniche di tutela per un’amministrazione davvero responsabile?</i> <i>Percorsi sostanziali e processuali</i>	103
3. <i>Questioni aperte e opportunità o meno di certe categorie</i>	110
3.1. <i>Il profilo soggettivo del privato</i>	110
3.2. <i>Il nodo della natura dell’affidamento</i>	115
3.3. <i>L’annullamento d’ufficio in una nuova veste: luci e ombre della</i> <i>paventata “doverosità”</i>	128
3. LE ULTIME FRONTIERE DELL’AFFIDAMENTO: CONSACRAZIONE E CONTRADDIZIONI DI UN FENOMENO IN COSTANTE ESPANSIONE	138
1. <i>Affidamento e comportamento: le infiltrazioni della buona fede nel pertugio</i> <i>dell’attività contrattuale</i>	138
1.1 <i>Le specificità della questione tra dubbie assimilazioni e contaminazioni</i>	138
1.2. <i>La nozione di comportamento e lo svilimento del provvedimento. Il</i> <i>superamento dello spartiacque dell’aggiudicazione</i>	146
1.3. <i>La positivizzazione all’interno delle recentissime modifiche al codice</i> <i>dei contratti pubblici</i>	152
2. <i>Affidamento in assenza di provvedimento: quali margini per una tutela</i> <i>dell’affidamento?</i>	159
2.1. <i>Affidamento sull’esito favorevole del procedimento: è concepibile un</i> <i>“rapporto amministrativo” ulteriore rispetto a quello procedimentale?</i>	159
2.2. <i>La questione dell’affidamento nelle trame della semplificazione: la</i> <i>disillusione della s.c.i.a.</i>	165
2.3 <i>I “costi” in termini di affidamento della normalizzazione di strumenti</i> <i>rimediali</i>	173
3. <i>Le concessioni demaniali marittime</i>	178
3.1 <i>La vicenda</i>	178
3.2 <i>Gli improvvisi approdi del Consiglio di Stato</i>	186
3.3. <i>Quale affidamento?</i>	194
CONCLUSIONI	203
BIBLIOGRAFIA	215

INTRODUZIONE

Tradizionalmente, ma da un po' di tempo ormai anche legislativamente, la pubblica amministrazione si vede riconosciuto il potere di riesaminare le proprie decisioni ed eventualmente capovolgerle intervenendo con un secondo atto che rende inefficace il primo. Agli atti espressione di tale prerogativa ci si riferisce comunemente con l'espressione di "autotutela amministrativa". Tale formula vuole sottolineare la particolarità, rispetto alla normale tutela, cioè quella giurisdizionale, che in questo caso è lo stesso soggetto che ha emanato l'atto che può da solo eliminarne gli effetti. Da qui la nota spiegazione dell'autotutela come la "capacità di farsi giustizia da sé".

I principali istituti riferibili all'autotutela sono la revoca, che consente il ritiro dell'atto per motivi c.d. di opportunità, e l'annullamento d'ufficio che invece reagisce a profili (primariamente) di illegittimità. Entrambi sono un esempio di concretizzazione di uno dei dogmi del diritto amministrativo tradizionale: l'inesauribilità del potere amministrativo. Tale principio sta a significare che, una volta esercitato, il potere amministrativo non si esaurisce, non si consuma, essendo possibile un suo nuovo esercizio in riferimento alla stessa situazione.

Il fondamento dell'inesauribilità del potere era legato alla posizione di supremazia che in origine era riservata alla pubblica autorità. Questa concezione dell'amministrazione subisce una prima grande trasformazione con l'entrata in vigore della Costituzione dalla quale emerge una diversa idea di potere pubblico che, dunque, perde quei caratteri di autoritarità per assumere i tratti di un'autorità disciplinata dalla legge sia nelle sue finalità sia nella forma e nella sostanza.

Nel nuovo assetto costituzionale la pubblica amministrazione è il soggetto pubblico totalmente definito dal principio di legalità, potendo disporre solo di quei

poteri attribuitigli dalla legge, strumentali alla cura dell'interesse pubblico, anziché di presunti poteri impliciti. Il mutamento del quadro costituzionale e culturale non ha significato, però, l'estinzione del concetto di inesauribilità del potere ma ne ha solo cambiato il fondamento, così da configurare anche i poteri di autotutela come poteri immanenti e funzionali alla cura dell'interesse pubblico in concreto. Esso è valso, però, a concentrare il dibattito sulla individuazione di una base legale degli istituti di autotutela che solo in tempi recenti hanno trovato riconoscimento normativo esplicito nella legge n. 241/1990 come modificata dalla legge n. 15/2005.

Al ripensamento generale della pubblica amministrazione, oltre quello di legalità, ha contribuito progressivamente un altro principio e cioè quello di "affidamento" emerso inizialmente proprio come condizionamento del carattere dell'inesauribilità del potere. Questo condizionamento ha da subito preso le forme di una limitazione a questo particolare regime degli atti amministrativi in ragione del fatto che esso può comportare conseguenze in danno ai soggetti destinatari del provvedimento che subiscono la decisione in secondo grado dell'amministrazione vedendo rimessa in discussione la loro posizione giuridica.

Più specificamente, il problema della garanzia dell'affidamento si è posto soprattutto all'inizio in tutti quei casi in cui l'esercizio del potere da parte del soggetto pubblico avrebbe prodotto un pregiudizio economico nei confronti del soggetto privato. Infatti, il legittimo affidamento ha assunto uno specifico rilievo nelle fattispecie in cui l'oggetto dell'esercizio del potere erano gli incentivi economici, i benefici di natura previdenziale e relativi alla disciplina tributaria che è tra l'altro l'ambito in cui si è avuto un primo riconoscimento legislativo espresso del principio attraverso la codificazione, nella legge n. 212/2000, della tutela dell'affidamento del contribuente.

Questi sono sostanzialmente i termini in cui l'Amministrativista si occupa usualmente dell'affidamento nell'ambito del proprio ramo del diritto. Lo stesso assetto normativo assunto oggi da revoca e annullamento d'ufficio è inteso come la sintesi del confronto di queste due forze contrapposte: inesauribilità del potere da una parte e legittimo affidamento del cittadino dall'altra. Da questo punto di vista risulta più vivace l'attenzione attirata dalla norma contenente la disciplina

dell'annullamento d'ufficio (art. 21 *novies*, l. n. 241/1990) alla luce delle novelle degli ultimi (quasi venti, ma susseguitesi fino ai più recenti) anni, rispetto alla disposizione che regola il potere di revoca (art. 21 *quinqies*, l. n. 241/1990). Il legislatore si è mosso agendo sul principale fattore rispetto al quale tradizionalmente si è misurata la forza dell'affidamento, ossia quello temporale attraverso, cioè, l'introduzione di un limite rigido all'esercizio del potere che avrebbe consacrato il peso conformativo dell'affidamento e allo stesso tempo segnato definitivamente il tramonto del principio di inesauribilità. Un mutamento di scenario che pare essere stato colto anche da una recente statuizione del Consiglio di Stato (sent. n. 433/2016). Ammesso (e almeno in parte concesso) che la nuova regolamentazione rappresenti un grande passo avanti nel riconoscimento anche a livello legislativo dell'affidamento, è rimasto il dubbio se essa si traduca in concreto in una tutela effettiva delle istanze del privato o se sia invece possibile immaginare soluzioni maggiormente soddisfattive che non impediscano al contempo la miglior cura dell'interesse pubblico. Indiziato speciale è risultata la tecnica ponderativa in cui la tutela si riduce al mero bilanciamento fra interessi, in cui l'affidamento, concepito come limite esterno al potere discrezionale, non solo diviene passibile di sacrificio ma non raggiunge una vera e propria autonomia concettuale. La concezione classica dell'affidamento ricalca, infatti, lo schema dell'interesse legittimo nella misura in cui l'interesse del cittadino alla conservazione dell'atto rileva solo come interesse da pesare con l'interesse pubblico perseguito dal provvedimento di autotutela. Il punto di approdo del processo evolutivo, rappresentato dall'avvenuto riconoscimento della risarcibilità del danno da lesione dell'affidamento, la dice lunga sui profondi mutamenti che hanno interessato i temi in esame.

Si vedrà, tuttavia, come, identificato il campo dell'autotutela come il "punto di partenza", quello che oggi si può descrivere quasi come il "fenomeno dell'affidamento" abbia assunto, più o meno a ragione, proporzioni molto più grandi.

Innanzitutto, occorre avere consapevolezza del fatto che al legittimo affidamento è ormai riconosciuto un rilievo primario non solo con riferimento al potere amministrativo (cfr. Cons. St., n. 3811/2013 che lo riconduce tra i principi

essenziali dell'azione amministrativa) ma anche rispetto al potere legislativo (Corte cost. n. 16/2017; n. 149/2017; n. 203/2016), nel cui ambito operativo affiora attraverso il tema della (ir)retroattività della legge.

Tale esito non era affatto scontato considerando, innanzitutto, le incertezze che ruotano intorno alla natura e all'inquadramento giuridico di questo principio, che è nato e si è sviluppato prevalentemente nella civilistica italiana e di fronte al quale si è dovuto registrare un certo ritardo del legislatore nel dare risposte positive alle nuove istanze sociali anche negli altri settori giuridici.

Nel nostro ordinamento il legittimo affidamento è tradizionalmente ricondotto alla buona fede, quel principio di matrice romanistica che sta alla base dei rapporti fra privati fondando, in particolare, la responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. Essendo esso interpretato come strumento posto a salvaguardia, oltre che della correttezza, della parità fra le parti, si riteneva non potesse applicarsi nei rapporti con l'amministrazione, titolare di certe prerogative che le attribuivano una posizione di superiorità.

Le difficoltà di trasposizione della buona fede nel campo del diritto amministrativo derivavano, poi, dalla particolare struttura su cui essa si costruisce: oltre a contemplare un profilo oggettivo si caratterizza anche e soprattutto per quello soggettivo (art. 1338 c.c.). L'accezione civilistica dell'affidamento conferisce tutela, e non a caso di tipo risarcitorio, solo a quell'affidamento che sia "incolpevole", laddove l'elemento soggettivo va così a comporre il contrasto con il generale principio dell'autoresponsabilità per cui ognuno è responsabile delle sue azioni od omissioni rendendo esigibile in capo al soggetto che ha riposto fiducia nell'altro l'ordinaria diligenza nella regolazione della propria condotta. Se da una parte è pacifico che buona fede significa anche "obbligo di non ingenerare affidamenti ingannevoli", dall'altra è indispensabile l'efficacia causale dell'affidamento a produrre una condotta pregiudizievole.

La problematica di rendere compatibili tali dinamiche con le relazioni in cui è parte il potere pubblico, il cui regime giuridico tendenzialmente dà rilevanza solo a quei comportamenti dell'amministrazione che si manifestano attraverso atti formali, valutati secondo criteri di legittimità, portò taluni a ritenere la buona fede estranea al rapporto di diritto amministrativo e fuorviante l'utilizzo della nozione

di affidamento al di fuori del diritto privato, essendo costruita sull'elemento soggettivo delle parti.

In questo quadro, fondamentale, tanto da assurgere a punto di riferimento degli studi in materia, fu il contributo di Merusi (1970) che ha sottolineato l'importanza e le esigenze di garanzia della tutela dell'affidamento del cittadino anche nell'ambito del diritto amministrativo, disegnando la buona fede come una norma verticale, pervasiva dell'intera gerarchia delle fonti.

Senonché le teorizzazioni afferenti alla nostra tradizione hanno dovuto ben presto fare i conti con ricostruzioni differenti discendenti all'ordinamento sovranazionale. In tal senso non è di poco conto la spinta all'affermazione del principio che è arrivata dal diritto europeo e più specificamente dall'assoluto protagonismo della Corte di giustizia, peraltro non senza talune singolari peculiarità.

Essa si è rifatta all'esperienza tedesca in cui il legittimo affidamento è ricondotto al principio generale della certezza del diritto con la conseguenza che la sua tutela si lega direttamente al modo di essere dello stato democratico moderno. Una concezione quest'ultima che ha trovato di recente accoglimento anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che ha ricostruito l'affidamento del cittadino quale elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto.

Si vedrà, poi, come nei giudizi di fronte ai giudici del Lussemburgo al pieno accoglimento del principio sul piano teorico di rado corrisponda una concreta applicazione dello stesso. Il tema dell'affidamento è l'ennesima occasione attraverso cui è possibile verificare come le specificità ontologiche dell'ordinamento eurounitario determinano un approccio giurisdizionale particolarmente funzionalizzato alla salvaguardia del mercato unico che, però, allo stesso tempo si fa portavoce di soluzioni innovative e sicuramente più fantasiose rispetto a certe acquisizioni dogmatiche saldamente radicate nella cultura giuridica interna. Anche di questo si cercherà di dar conto in modo da avere contezza dei diversi modi in cui l'argomento ha trovato sistemazione a seconda dei diversi contesti.

I differenti orientamenti ricostruttivi del principio di affidamento possono essere letti non come una contrapposizione ma come una complementarietà fra tradizioni culturali differenti che convergono nel riconoscere al cittadino una nuova posizione nei confronti dei pubblici poteri. In questo senso, l'esigenza di tutelare l'affidamento anche nei confronti di pubbliche istituzioni, in chiave di stabilità dei rapporti giuridici, rispecchia un modello culturale e di cittadinanza avanzati che tiene conto dei nuovi modelli economici su cui si sviluppa la società. Così, il forte bisogno di assicurare la migliore tutela all'affidamento dei cittadini è il dato unificante attraverso cui leggere una realtà giuridica complessa, eterogenea e camaleontica come quella di oggi.

La ricerca è orientata ad offrire una lettura attualizzata della dinamica sin qui descritta, sulla base della previa necessaria identificazione dei termini della questione. Dunque a comprendere in che misura il dialogo tra esigenza di assicurare l'interesse pubblico ed esigenza di stabilità dei rapporti giuridici ha contribuito al mutamento di paradigma del rapporto autorità-cittadino in cui i poteri di autotutela sono avvertiti sempre più come speciali ma soprattutto eccezionali, a fronte della esigenza di stabilità e certezza del diritto, fondamentali per la salvaguardia delle libertà economiche, ma non solo, dei privati.

Si andrà a studiare, quindi, se e come si sono evolute le tecniche di tutela e prima ancora la concezione stessa del concetto di affidamento per verificare la possibilità o meno di ulteriori margini di sviluppo.

Per poter far ciò occorrerà stabilire innanzitutto dei punti fermi su cui costruire la riflessione. Questo è il principale obiettivo del primo capitolo che in tal senso servirà a delineare con maggior precisione il significato del concetto di affidamento in relazione ai diversi ambiti in cui viene in rilievo, a partire da quello di origine in modo poi da verificare se e quali specificità rispetto ad esso assume negli altri. In particolare questa parte iniziale si concluderà con un primo *focus* su quello che sarà poi il principale terreno di indagine di tutto il lavoro e cioè il tema dell'affidamento nei confronti dell'Amministrazione.

La parte centrale del lavoro sarà dedicata, specificamente, allo studio delle implicazioni dell'affidamento nelle fattispecie in cui intervenga un provvedimento di secondo grado. La riflessione costituirà l'occasione per interrogarsi sulla tenuta

di certe categorie e teorizzazioni e, soprattutto, per approfondire, attraverso l'analisi della giurisprudenza, i percorsi su cui è stato possibile addivenire ad un cambiamento nelle tecniche di tutela. Percorsi che in modo abbastanza evidente sono stati condizionati dalle questioni di giurisdizione sottostanti.

Il terzo e ultimo capitolo vuole offrire, sotto uno sguardo critico, una panoramica delle altre fattispecie, rispetto a quella tradizionale, in cui negli ultimi anni si è fatto questione, in maniera più o meno condivisibile, di affidamento. Questa analisi consentirà contemporaneamente da un lato di confermare l'innegabile importanza e centralità del tema che sembra avere una portata dilagante in tutto il mondo giuridico, dall'altra di smascherare alcuni "equivoci" che del resto paiono essere ancora una volta lo specchio delle ambiguità e incertezze di fondo che si sono protratte nel tempo.

Sarà a quel punto possibile trarre le conclusioni in punto di rimodulazione della relazione tra soggetto pubblico e soggetto privato. È bene tenere a mente, infatti, che le riflessioni sull'affidamento si inseriscono in un momento in cui i capisaldi del diritto amministrativo vengono sempre più frequentemente messi in discussione. Esse in particolare si affiancano a quelle volte ad una rilettura della relazione tra cittadino e amministrazione incentrata non più sull'atto ma sul rapporto, governata dal richiamo al diritto comune quale chiave di volta verso un sistema improntato a giustizia.

Si vedrà così se e in che modo lo studio dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione suggerisca o meno di allinearsi o invece discostarsi da questa tendenza.

1. L’AFFIDAMENTO: CONTORNI E SFUMATURE DI UN CONCETTO

1. Cos’è l’affidamento? Le difficoltà di una risposta univoca

1.1. Lo strano caso dell’affidamento: tra incertezze teoriche e imprescindibilità pratica.

Oggi si fa un gran parlare di “affidamento”, eppure è onnipresente la sensazione che non lo si riesca ancora a mettere perfettamente a fuoco.

Le difficoltà interpretative e ricostruttive che riguardano gli istituti e più in generale le fattispecie in cui viene in rilievo l’affidamento derivano, innanzitutto, dal fatto che esso stesso è un concetto ad oggi ancora indeterminato e sfuggente, sebbene allo stesso tempo rientri tra quei fenomeni «così profondamente radicati nella logica giuridica, o addirittura immedesimati con le ragioni di fondo dell’esistenza stessa di un ordinamento giuridico, da poter rimanere impliciti, tanto ovvia e immanente è la loro presenza»¹. Tanto che il principio – ammesso che di questo si tratti – finisce per confondersi con l’esigenza della sua tutela, che quindi viene fortemente avvertita, dato che spesso si ricorre indistintamente e direttamente all’espressione “principio di tutela dell’affidamento”. Una dinamica quasi paradossale che si rinviene anche laddove si tenti di trovare una certezza guardando alla sua etimologia, tanto forte nella sua immediatezza evocativa quanto ricca di sfaccettature applicative nel mondo giuridico.

In sostanza, e non si può non partire da questo rilievo, ciò che manca è una risposta certa, sintetica e precisa alla domanda: “che cos’è l’affidamento?”. Tanto che, dalla ricerca svolta, l’unica costante che emerge fra i vari studi è non solo il continuo rimando che, per spiegarne il contenuto, viene fatto ad altri concetti, giuridici e non, con i quali peraltro finisce talvolta per confondersi, ma anche

¹ D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento*, in Corletto D. (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento in Europa*, Padova, 2007, p. 2.

l'esigenza di dover ricorrere ad esempi pratici per giungere ad un adeguato grado di rappresentazione e comprensibilità. Si sottolinea, insomma, come quella di "affidamento" sia una nozione che tende ad acquisire un connotato altamente relazionale che potrebbe far dubitare della sua autonomia teorica e conseguentemente della sua applicazione pratica. Dubbio ulteriormente alimentato dal suo consueto accostamento con una serie di aggettivi – "legittimo"; "incolpevole"; "ragionevole" – che sembrano volti ad attribuirgli quella legittimazione che da solo non sarebbe in grado di raggiungere.

Quella dell'affidamento è, dunque, una questione profondamente ancora aperta, la cui primaria criticità deriva proprio dalla mancanza di una risposta alla domanda più semplice e al contempo fondamentale.

Perciò non è un caso che, almeno in questa prima parte del lavoro, si è scelto di riferirvisi con un termine generico quale quello di "concetto" piuttosto che utilizzarne altri di tipo tecnico da cui deriverebbero specifiche e determinate conseguenze sul piano giuridico². Una cautela imposta, quindi, da una incertezza di fondo che produce altrettanta incertezza su numerosi ed essenziali altri profili quali ad esempio l'oggetto, il modo e il momento in cui sorge l'affidamento³.

A tale 'precarietà concettuale' si ritiene che abbiano contribuito diversi fattori.

In primo luogo, il fatto che il termine in esame tradizionalmente oscilli, senza trovare una stabile collocazione, tra una dimensione soggettiva e una oggettiva che spesso, peraltro, finiscono per confondersi e contaminarsi a vicenda⁴. Il concetto di affidamento è, infatti, usualmente utile per fare riferimento sia a fenomeni in cui si lega all'idea di vera e propria fiducia sia ad altre situazioni

² Secondo F.G. SCOCA., *Massimo Severo Giannini, la teoria generale del diritto e la teoria del provvedimento*, in *Dir.amm.*, n. 1/2024, p. 1 ss. i concetti «sono schemi astratti elaborati logicamente, partendo sempre dalla esperienza giuridica concreta» laddove, nel richiamare il pensiero del Maestro, riporta: «E i principi? Giannini, in questa occasione, dice soltanto che non si identificano con i concetti; e questo appare evidente, avendo gli uni natura logica e valore conoscitivo e gli altri natura positiva e valore precettivo. Torna ad occuparsene in una diversa occasione, ed afferma chiaramente la natura normativa dei principi e dei principi generali».

³ Aspetti evidenziati da D. CORLETTI *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, cit., p. 47.

⁴ Così si è affermato indistintamente che «l'affidamento riguarda lo stato di fiducia sull'apparenza delle situazioni e dei fatti divergenti dalla loro effettiva sostanza» (V. PIETROBON., *Affidamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.).

in cui si collega al diverso tema dell'apparenza⁵. Se nel primo caso ciò che rileva è un fenomeno meramente psicologico e quindi soggettivo, interno al soggetto, dato dalla «erronea opinione di un certo soggetto intorno ad una determinata situazione di fatto o di diritto», nel secondo è atto ad esprimere un fenomeno «sussistente nei confronti della generalità dei consociati» circa l'esteriorità obiettiva di una determinata situazione di fatto o di diritto⁶.

Secondariamente, si ritiene problematica, o quantomeno non così agevole come talvolta sembrerebbe, la trasposizione da un campo del diritto ad un altro. Nello specifico, ci si chiede se l'affidamento nel diritto privato, suo ambito di origine, abbia lo stesso significato nella dimensione pubblicistica, con particolare riferimento ai rapporti col potere amministrativo. A questo riguardo si anticipa che il ricorso a certe analogie non sempre risulta condivisibile né auspicabile. Si aggiunga, poi, come si vedrà, che anche all'interno di questa branca del diritto si parla di affidamento con riferimento ad ambiti fra loro molto diversi.

Infine, pare che l'inquadramento tecnico dell'affidamento, come principio o come posizione giuridica soggettiva, ponendosi in quest'ultimo caso l'altra domanda irrisolta: quale?, subisca un non lieve condizionamento dal livello di tutela che si intende garantire e dalla propedeutica questione della giurisdizione.

Laddove logica vorrebbe che entrambe queste ultime due questioni non fossero causa ma conseguenza della risoluzione della prima.

Questi sono i principali esempi della costante dinamica dicotomica in cui pare ritrovarsi inesorabilmente il concetto di affidamento, a monte della quale c'è sempre quella che riguarda l'eterno dibattito sulla sua riconduzione alla buona fede piuttosto che alla certezza del diritto.

⁵ In quest'ultimo caso il concetto di affidamento ha lo «scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata (e di cui sono applicazioni concrete, tra le altre, la “regola possesso vale titolo” ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ.)» (Cons. St., Ad. Pl., n. 19/2021).

⁶ R. SACCO *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 665 ss. Per approfondimenti sul concetto giuridico di apparenza vd. M. D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *N. D. I.*, I, Torino, 1937, 550 ss. e A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 687 ss.

Già da queste prime righe si intuisce che quello del diritto amministrativo è l'ambito in cui la sistematizzazione dell'affidamento risulta più travagliata e assume caratteri peculiari – e, di conseguenza, foriero di un interesse sempre maggiore – in ragione della centralità che ivi assume la tematica delle posizioni soggettive. Come già accennato e come meglio si vedrà in seguito, il tema delle situazioni favorevoli con riferimento al rapporto amministrativo «pare aver sofferto, sia in dottrina che in giurisprudenza, di un duplice condizionamento: uno sostanziale (collegato al più generale tema della partecipazione del privato al procedimento), ed uno processuale (connesso alla tematica tradizionale dei poteri di cognizione del giudice amministrativo)»⁷. In particolare, la difesa dell'autonomia concettuale dell'affidamento in campo amministrativo è risultata più ardua in conseguenza dell'assimilazione alla figura dell'interesse legittimo effettuata in ragione dei tratti comuni individuati nella relazionalità e nella tradizionale forma di tutela, ponendo un problema di distinzione con i principi che regolano l'attività amministrativa quali l'imparzialità, la ragionevolezza e il corretto esercizio del potere⁸.

Comunque, l'affidamento è un qualcosa che fa ormai parte del patrimonio giuridico anche degli altri ordinamenti a noi vicini, come dimostra la sua rilevanza anche sul piano di quello comunitario laddove la Corte di Giustizia lo fa suo a

⁷ A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, p. 8.

⁸ Ciò è ben evidenziato da M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. soc.*, n. 1/2009, p. 403: «Per un verso, come si è visto, l'interesse legittimo, riflettendo la complessità sociale propria della società odierna e prospettando una protezione che garantisce la sola possibilità di ottenere un risultato favorevole, è in linea con la tutela offerta dal principio di affidamento ed appare assai più rispondente ad essa della situazione soggettiva del diritto. Si avverte, anzi, una particolare assonanza tra tutela dell'affidamento e situazione di interesse legittimo: non solo per entrambe si ripete il paradosso di una 'situazione di interesse ad un certo risultato che rimane giuridicamente soddisfatto anche se quel risultato, il solo che al soggetto importa davvero, non si raggiunge affatto', non solo anche a proposito del principio di affidamento viene in considerazione la distinzione tra il sacrificio dell'interesse, che 'dipende dal realizzarsi di una fattispecie ablatoria prevista e consentita dall'ordinamento' e la sua lesione ad opera di un atto illegittimo, distinzione cui è necessario ricorrere per escludere che anche l'atto legittimo sia lesivo dell'interesse del soggetto, ma, anche quando non si ritenga di aderire alla prospettiva dell'interesse legittimo come interesse alla presa in considerazione degli interessi del privato, i poteri di influenza in cui esso fondamentalmente si sostanzia richiamano subito alla mente la tutela apprestata dal principio di affidamento al destinatario del provvedimento favorevole, il cui interesse alla stabilità deve essere preso in considerazione e bilanciato con l'interesse pubblico al cambiamento della regolamentazione».

partire proprio dal riconoscimento della sua appartenenza alla tradizione comune degli Stati membri, seppure secondo schemi diversi. Anche in questo caso, tuttavia, si deve sottolineare, da un lato, come anche la cospicua evoluzione della giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo e la scarsa applicazione pratica del principio a fronte di consolidate declamazioni teoriche dimostrino una certa inafferrabilità di questo concetto. Dall'altro, la diversità di approccio e soluzioni adottate dal giudice sovranazionale rispetto a quelli interni. Tutto ciò, del resto, non fa che accrescere l'attualità della tematica in esame e sollecitare un'ulteriore indagine.

“Sfuggente”, “permeabile”, “camaleontico”, “inafferrabile” sono i principali e singolari tratti con cui la dottrina tenta di caratterizzare l'affidamento col pregio di riuscire a mettere in luce la sua attitudine alla trasversalità e la dimensione relazionale in cui esso naturalmente si colloca che lo rendono un concetto che si adatta e prende forma a seconda degli ambiti e soggetti giuridici in riferimento ai quali viene in rilievo.

E proprio la constatazione che il termine affidamento viene utilizzato indistintamente in riferimento a diversi contesti e fenomeni giuridici suscita la sensazione che qualche distinzione sarebbe forse opportuno farla per andare a verificare innanzitutto se davvero il concetto di affidamento è in grado di abbracciare più situazioni giuridicamente rilevanti e diverse fra di loro o, invece, se e quali andrebbero forse chiamate con un nome diverso. Ed è proprio da uno studio dei diversi contesti in cui esso viene in rilievo che si ritiene di dover partire per cercare da ultimo di poter individuare la modalità di tutela più adeguata.

1.2 L'affidamento nel diritto privato: una questione di fiducia

La prima distinzione che si ritiene di dover effettuare è quella tra affidamento nel diritto privato e affidamento nel diritto pubblico (a cui seguirà un'ulteriore distinzione a seconda del tipo di pubblico potere chiamato in causa), prendendo come criterio discriminante la natura del soggetto col quale ci si

relaziona. Ciò permetterà di individuare innanzitutto l'oggetto dell'affidamento del cittadino, che si ritiene diverso nei due casi.

Per far ciò occorre mettersi nell'ottica dell'evoluzione storica che ha subito il concetto in esame nel nostro ordinamento, a cui tuttavia, nell'ambito di questo lavoro, ci si potrà riferire solo in termini sintetici, senza ambizioni di esaustività.

Si rammenta in generale come «la teoria dell'affidamento è stata elaborata, in diritto privato, nell'ambito della riflessione sul contratto, per evidenziare un rilievo maggiore della dichiarazione rispetto alla volontà del dichiarante: si è trattato di una vicenda imperniata tutta sull'autoresponsabilità del dichiarante, che, per questo, sopporta l'eventuale divergenza fra volizione e dichiarazione»⁹.

Più precisamente, l'affidamento assume originariamente rilevanza giuridica nel campo dei rapporti tra privati quale “specificazione” della buona fede¹⁰. Un concetto quest'ultimo già di per sé elastico e, dunque, foriero di difficoltà interpretative e attuative in ragione non solo della sua natura di principio e/o clausola generale ma anche di quel suo significato pre-giuridico che tende sempre ad emergere¹¹. Che si sia, infatti, nell'ambito della buona fede c.d. oggettiva che incarna una regola di comportamento, o in quello della buona fede soggettiva con cui si individua uno stato soggettivo della coscienza erronea, sono evidenti la connotazione etica, nel primo caso, e quella psicologica, nel secondo.

⁹ C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/2016, p. 564 ss.

¹⁰ Si è fatto notare come nel tempo fra i due concetti sono emerse indebite e parziali sovrapposizioni in termini semantici per cui è necessaria una distinzione: «l'affidamento si distingue dalla buona fede in senso soggettivo sotto il profilo dell'oggetto, a favore del quale ricade la fiducia, in quanto nel primo caso, essa riguarda la condotta della controparte mentre nel secondo caso, la fiducia concerne il comportamento di chi la invoca e si esprime nell'ignoranza di ledere un diritto altrui. È per contro sotto il profilo oggettivo della buona fede, che si coglie in modo chiaro il necessario legame con il principio di affidamento, in forza del quale un comportamento deve essere coerente e non contraddittorio, ovvero non deve tradire le legittime aspettative altrui derivate da un proprio precedente comportamento. Tuttavia, il principio di legittimo affidamento rappresentando una fattispecie giuridica complessa, consta di una pluralità di elementi che recepiscono, sia il profilo soggettivo, sia quello oggettivo del canone di buona fede, i quali concorrono a definire il profilo» (G. MULAZZANI, *La collaborazione pubblico-privato e la sussidiarietà orizzontale. Da principio a modello efficace per lo sviluppo*, Bari, 2020, p. 43).

¹¹ Nello specifico, si è sottolineato come «la dottrina di ogni tempo e di ogni luogo fa riferimento al significato pregiuridico della buona o mala fede; questo riferimento comporta identificazione con stati etici quali l'onestà, la lealtà, la fede nella parola data, coscienza o coscienziosità e simili, per ciò che concerne la buona fede (...) in tal modo «più difficile si presenta la prospettiva dei significati tecnici, e, in particolare, giuridici» (S. ROMANO, *Buona fede* (dir. priv.), V, in *Enc. Dir.*, 1959, p. 677 ss.

Ma in generale quello che qui è importante sottolineare è che la buona fede assurge a criterio bilaterale e qualitativo, implicante cioè un giudizio di relazione, con cui il giudice può valutare a posteriori un fatto e/o comportamento, assumendo il valore di indice di emergenza di interessi altrimenti destinati, in una utilizzazione formalistica del diritto, a non acquistare adeguato risalto¹². Così, per quel che qui interessa, la buona fede dà rilievo giuridico ai valori della coerenza e non contraddizione fornendo protezione «all'affidamento creato da un'apparenza oppure da una dichiarazione o da un comportamento che sia stato poi contraddetto da un comportamento successivo, attivo oppure omissivo»¹³.

Si individuano così due macro-aree nelle quali può sussistere giuridicamente un affidamento: una in cui si fa affidamento su una apparenza del diritto e una in cui si fa affidamento su un comportamento altrui. Ed è questa seconda che costituisce il punto di riferimento per lo studio che si va qui ad affrontare.

Il tipico ambito civilistico in cui si può avere il danno da affidamento è quello della responsabilità precontrattuale con cui «si intende comunemente la lesione dell'altrui libertà negoziale realizzata attraverso un comportamento doloso o colposo ovvero attraverso l'inosservanza del precetto comportamentale della buona fede nell'ambito della formazione e manifestazione della volontà negoziale»¹⁴. La *ratio* della c.d. *culpa in contrahendo* si rinviene, dunque, nell'esigenza di compensare gli effetti subiti da un soggetto nel caso di trattative inutili o dannose, che cioè non abbiano condotto alla stipula del contratto o abbiano condotto ad un contratto svantaggioso, dovute al comportamento scorretto dell'altra parte. L'introduzione di un'apposita norma riguardante in generale la responsabilità precontrattuale (art. 1337), accanto ad una più specifica sulle conseguenze della stipulazione di un contratto invalido (art. 1338) è

¹² L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., sezione civile*, vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 154 ss.

¹³ F. ROSELLI, *Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici*, in *Giust. Civ.*, 2021, p. 377 ss.

¹⁴ GAETANI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimentale legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica. Considerazioni a margine di Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674*, in www.giustamm.it, 2015.

un'innovazione del Codice civile del 1942, laddove prima, dominante il dogma volontaristico che faceva ritenere insindacabile il diritto al recesso dalle trattative, si riteneva al massimo percorribile la strada della norma sulla responsabilità extracontrattuale per sanzionare comportamenti precontrattuali scorretti. Peraltro, si è messo in evidenza proprio come «la distinzione fra l'ipotesi della stipulazione di un contratto invalido (1338) e quella del recesso dalle trattative (1337) si offusca nella generale enunciazione del 'legittimo affidamento nella *validità* del contratto', che è applicata anche al caso di trattative che non sfociano in un contratto ('legittimo affidamento nella conclusione di un contratto)»¹⁵. Giova, altresì, ricordare che la protezione fornita dal nuovo codice attraverso il dovere di correttezza precontrattuale era legata ai valori della c.d. "solidarietà corporativa". Superato l'ordinamento corporativo, con l'avvento della Costituzione repubblicana, dottrina e giurisprudenza hanno intrapreso un percorso di rilettura in chiave appunto costituzionale anche delle norme in esame, che si è tradotto nella riconduzione del dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza al più generale dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. che si sostanzia nello spostamento della funzione di dette clausole dall'utilità sociale alla libertà del singolo individuo in termini di autodeterminazione negoziale¹⁶.

Secondo l'Autore che ha prodotto l'opera di riferimento per tutti gli studi intorno all'affidamento nel diritto pubblico, nei rapporti tra privati il principio di non contraddizione tutela l'affidamento quale «situazione giuridica soggettiva caratterizzata dalla aspettativa generata dall'altrui comportamento e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo

¹⁵ G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, p. 7 che, per sgomberare il campo da certi equivoci, sottolinea: «Il fatto che le trattative siano giunte ad una fase avanzata non è elemento costitutivo di responsabilità, ma solamente un sintomo, nella valutazione del contesto in cui si è verificato il recesso, per affermare "l'abuso" del diritto di recesso, o meglio il comportamento scorretto del recedente. Proprio il diritto di recesso rende giuridicamente irrilevante ogni previsione sulla "futura" conclusione del contratto, che rimane – per definizione – incerta fino alla manifestazione di un accordo. Analogamente l'"affidamento" è espressione introdotta più di recente per qualificare la fiducia che la controparte ha nutrito nella *validità* del contratto concluso, ignorando senza colpa la causa di invalidità; sintetizza così in una parola quella che è stata la prima e, per un certo periodo, l'unica ipotesi di *culpa in contrahendo* cui si riconosceva il diritto al risarcimento dei danni (poi art. 1338 c.c.)» (p. 16).

¹⁶ Così Cons. st., Ad. Pl., 4 maggio 2018, n. 5.

comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza ha generato l'altrui fiducia»¹⁷.

Proprio quest'ultimo stato soggettivo si ritiene essere il fattore caratterizzante le fattispecie privatistiche in cui rileva l'affidamento come qualcosa di diverso dalla aspettativa che, come si anticipa, si ritiene caratterizzi invece le fattispecie pubblicistiche.

Nei rapporti fra privati il momento oggettivo è rappresentato da un comportamento (commissivo od omissivo) di un soggetto privato e quello soggettivo dallo stato psicologico di fiducia che l'altro soggetto ripone nella correttezza, declinata nella non contraddittorietà, del comportamento complessivo del primo¹⁸.

Nei rapporti fra soggetti entrambi privati l'atteggiamento soggettivo verso la correttezza del comportamento del soggetto con cui si intrattengono rapporti non può che assumere le sembianze della fiducia¹⁹.

¹⁷ F. MERUSI., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"* (dapprima "L'affidamento del cittadino", 1970), Milano, 2001, p. 125.

¹⁸ In questo senso anche S. ANTONIAZZI., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005. Propone, invece, una concezione unitaria S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, p. 33 secondo cui «l'errore generato da un'apparenza "credibile" crea agli occhi dell'agente la convinzione di operare secondo diritto oggettivo; convinzione che denominiamo, appunto, buona fede soggettiva» da cui «l'accezione più appropriata del termine "affidamento" è quella che vede quali suoi termini relazionali (ai fini del giudizio di conformità/difformità) non già il proprio convincimento ed il diritto oggettivo, ma le proprie aspirazioni (o interessi) e la condotta altrui, ingeneratrice di una aspettativa a che il comportamento già tenuto sia reiterato, ovvero, più in generale, a che un determinato fatto si realizzi».

¹⁹ Addirittura si è precisato che «La responsabilità del contraente sorge "quante volte sia stata violata la *ragionevole fiducia* dell'altro contraente nell'acquisto di una data utilità promessa, in quanto ogni contraente deve rispondere delle conseguenze dannose, cagionate dalla *fiducia* nell'acquisto di un diritto di credito in base ad un contratto, ingenerata nell'altra parte dalla dichiarazione di lui, in quanto questo acquisto viene escluso da un motivo che l'altra parte non conosce, né è obbligata a conoscere". L'attenzione è concentrata sulla *fiducia* nell'acquisto del diritto attraverso il contratto stipulato e si precisa con chiarezza che, prima della stipulazione, la parte non può avere tale *fiducia*, ma solo la *speranza* che il contratto venga ad esistenza. (...) Raggiunto l'accordo sui punti essenziali, non vi è più libertà di recesso: la trattativa deve proseguire e le parti non possono fare proposte irrisorie e assurde, quindi non serie, che "contraddicono" l'accordo già intervenuto. I limiti alla libertà di recesso assumono così il significato di sanzione del comportamento contraddittorio, che denota mancanza di buona fede. La scorretta interruzione delle trattative è ricollegata all'esistenza di un'obbligazione che ha per oggetto non la stipulazione del contratto, ma l'impegno reciproco a non recedere dalle trattative senza giustificato motivo. Fino alla conclusione del contratto non vi può essere legittimo affidamento sulla *futura* stipulazione dello stesso, ma solamente una legittima aspettativa di

Un cittadino può solamente confidare, non anche pretendere, che un altro cittadino si comporti correttamente. In questo senso, l'affidamento così riposto è tutelato attraverso l'applicazione del medesimo standard di correttezza e buona fede a entrambi le parti che sono in questo caso equiparate. In sostanza, «nelle relazioni tra i privati l'affidamento è tutelato se è 'senza colpa'» laddove l'espressione contenuta nella norma di riferimento (art. 1338 c.c.) «esprime l'importanza dell'elemento soggettivo nella configurazione dell'affidamento e, insieme, la relazione che si pone tra la tutela di questo e il principio di autoresponsabilità»²⁰.

La tutela, nella forma del risarcimento del danno, sarà infatti da escludersi nel caso in cui il soggetto che subisce il comportamento contraddittorio non sia in buona fede o sia ragionevole ritenere che la fiducia era da parte sua mal riposta, nel senso di posta sconsideratamente. In sostanza, nonostante l'ordinamento ponga l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, quando si è fra privati il rischio che questo non avvenga inevitabilmente e non irragionevolmente deve sempre essere tenuto di conto dall'altra parte, richiedendosi così un livello di diligenza abbastanza alto.

Volendo rappresentare schematicamente tale tipologia di fattispecie si ha quindi da un lato un comportamento e dall'altro la fiducia sulla correttezza dello stesso. Quello che ci si chiede è: questo schema e gli elementi che lo compongono sono gli stessi nel rapporto con un soggetto pubblico?

1.3 L'affidamento nel diritto pubblico: una questione di aspettativa

Essendo l'aspetto terminologico il più lampante ed evidente, bisogna, in primo luogo, rilevare come nei rapporti tra il cittadino e i pubblici poteri l'affidamento si connota di una particolare qualificazione: in tali ambiti si parla

correttezza, tanto nella prosecuzione delle trattative, quanto nel recesso» (G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione* cit., pp. 26-30).

²⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 1/2018, p. 823 ss.

comunemente di “legittimo” affidamento. Tale espressione, come sottolineato approfonditamente da autorevole dottrina, sarebbe utile a metterlo in contrapposizione, sotto il profilo dell’elemento soggettivo, all’affidamento cd. “incolpevole” proprio delle relazioni inter-private e sul quale ci si riserva di tornare in un secondo momento²¹.

Fatta questa premessa, nel tentativo di rispondere alla domanda conclusiva del paragrafo precedente e creare un parallelismo con lo stesso, occorre procedere secondo la stessa impostazione, cercando primariamente di rappresentare il fenomeno dell’affidamento in ambito pubblicistico attraverso l’individuazione degli elementi caratterizzanti e del suo fondamento.

A tale scopo pare utile, anche perché consente in queste prime note di trattare congiuntamente l’affidamento nei confronti del potere legislativo e del potere amministrativo, prendere le mosse dalla definizione per cui «il principio del legittimo affidamento, com’è noto, tutela le situazioni soggettive consolidate per effetto di atti dei pubblici poteri idonei a determinare una posizione di vantaggio e a generare un’aspettativa nel loro destinatario»²².

Si vede come nel rapporto pubblicistico l’elemento oggettivo nelle dinamiche in cui si fa questione di affidamento non è un comportamento ma un atto, legislativo o amministrativo²³. Come si vedrà meglio in seguito, questa si ritiene una differenza talmente significativa da giustificare forse da sola l’idea per cui l’affidamento privatistico e quello pubblicistico siano fenomeni che in comune hanno solo il nome o quasi.

In particolare, perché sorga un affidamento nel destinatario dell’atto, quest’ultimo deve avere un contenuto favorevole per lo stesso. Infatti, l’interesse del privato è in tali casi quello al mantenimento della situazione di vantaggio acquisita sulla base di tale atto. Ecco che in questo ambito il profilo psicologico

²¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole* cit., p. 823 ss.

²² F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle corti sovranazionali*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2014, p. 583 ss. Lo stesso autore, tuttavia, avverte subito che trattasi di una definizione non del tutto pacifica per cui proprio nello scritto procede ad un suo approfondimento volto, in particolare, a far emergere l’autonomia concettuale dell’affidamento rispetto ai principi di continuità e di certezza del diritto ai quali spesso viene sovrapposto.

²³ Si può parlare di affidamento anche nei confronti di un atto del potere giudiziario, ma tale tema non verrà affrontato nel presente scritto per ragioni logico-sistematiche.

assume le sembianze di vera e propria aspettativa, volendo con questa espressione indicare una pretesa più consistente rispetto alla mera fiducia. Una maggiore consistenza che si ritiene possa essergli ragionevolmente attribuita proprio sulla base del fatto che essa scaturisce da un atto, con tutto il formalismo che richiama, per di più pubblico. E questo proprio perché la capacità di produrre questo tipo di aspettativa è un elemento naturalmente caratterizzante gli atti pubblici, che in questo senso rappresentano una maggiore garanzia per l'individuo.

L'affidamento "pubblicistico" è riposto quindi nella stabilità del provvedimento attributivo di vantaggi, che può essere deluso quando i pubblici poteri pongano in essere nuovi atti che lo eliminano o subentrano ad esso in modo peggiorativo. Il principio della stabilità dei rapporti giuridici svolge la funzione che in campo privatistico è svolta dal divieto di *venire contra factum proprium*, dando rilevanza giuridica all'affidamento di un soggetto verso l'azione di un altro.

Come anticipato, quello che viene in gioco quando si parla di affidamento in ambito pubblicistico è l'esigenza di tutela del cittadino di fronte ad un'azione dei pubblici poteri che mini e faccia venire meno la stabilità del rapporto attraverso l'esercizio di prerogative che gli sono riconosciute dall'ordinamento per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. In sostanza, e sta qui la sua specificità, il legittimo affidamento non è altro che un ulteriore risvolto del binomio autorità/libertà, assumendo i connotati di un valore sistemico ed è in questi termini che si ritiene vada affrontato.

Non a caso la Corte costituzionale, sulla scia dell'esperienza tedesca, ha affermato che l'affidamento è elemento fondamentale dello Stato di diritto²⁴.

²⁴ Cfr. Corte cost. n. 210/1971; n. 36/1985 n. 349/1985; n. 822/1988; n. 3872/1988; n. 573/1990; n. 3227/1990; n. 390/1995; n. 211/1997. La contrapposizione delle due concezioni antagoniste è ovviamente ben messa in luce da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 9, che sottolinea « solo la letteratura italiana e spagnola riconducono la tutela dell'affidamento al principio di buona fede oggettiva e sostengono la vigenza del principio di buona fede oggettiva anche nel diritto pubblico. Dopo gli anni settanta la letteratura tedesca è invece costante nel respingere la connessione fra principio di buona fede e tutela dell'affidamento. Il principio della tutela dell'affidamento avrebbe una sua valenza autonoma e sarebbe riconducibile ad una logica diversa da quella che informa il principio romanistico della buona fede oggettiva richiamato dal codice civile, alla logica della tutela delle aspettative generate da un comportamento della P.A. o del legislatore, tutela che sarebbe imposta dalla esigenza di certezza nei rapporti giuridici garantita dallo Stato di diritto. È allo stato di diritto che è in definitiva riconducibile la tutela dell'affidamento. Stato di diritto che si manifesterebbe positivamente nei diritti fondamentali via via implicati nella tutela delle aspettative generate dai comportamenti del

La maggiore complessità del problema dell'affidamento del cittadino nei confronti dei pubblici poteri deriva proprio dal fatto che in tale ambito esso entra in conflitto con altri valori altrettanto meritevoli di garanzie per cui in termini di tutela si pone la questione di trovare il migliore equilibrio possibile tra le diverse istanze in gioco ma anche quello della sua effettività, posto che in questi casi si fa questione di responsabilità di un soggetto pubblico, forse frontiera ancora non del tutto conquistata.

Per far ciò diventa quindi opportuno da un lato un maggiore approfondimento circa il fondamento del principio in questo ambito e, dall'altro, fondamentale individuare i diversi poli di questo presunto e presupposto antagonismo, cosa che può sembrare più scontata di quanto non sia, essendo anzi proprio questo il nodo cruciale che si intende studiare.

Tutto ciò è vero soprattutto in riferimento al potere amministrativo, laddove invece, come si vedrà, con riferimento a quello legislativo la questione pare porsi in termini più semplici non potendosi che tradurre la tutela in limiti, che infatti sono stati individuati dalla giurisprudenza della Consulta, all'emanazione di leggi retroattive.

La questione dell'affidamento nel campo del diritto amministrativo si fa più complessa non solo per il dato di base per cui l'Amministrazione è il soggetto pubblico con cui i cittadini si relazionano in concreto, con il conseguente realizzarsi di effetti diretti dell'azione della prima nei confronti dei secondi, ma anche e soprattutto per gli sforzi ermeneutici che proprio negli ultimi anni hanno investito quella relazione. Proprio lo studio dell'affidamento in ambito

legislatore e della PA. La tutela dell'affidamento è perciò un principio riconducibile soltanto al diritto positivo degli Stati moderni, in quanto Stati disciplinati dal diritto positivo che si esprime anche in principi generali che ne esplicitano la logica di fondo. Solo nel caso in cui siano individuabili aspettative generate da un precedente comportamento è possibile individuare un'ipotesi di tutela dell'affidamento e compito della giurisprudenza è di individuare se e quando si sia determinata una aspettativa nel cittadino. Questa concezione, che deriva dalla terminologia usata dalla Corte costituzionale tedesca, è transitata nella Corte di giustizia europea e, attraverso l'influenza della giurisprudenza comunitaria, nella letteratura francese, cioè nella letteratura giuridica di un ordinamento nel quale si è sempre sostenuto che il diritto legislativo escludesse, per definizione, l'applicabilità di principi generali di origine non legislativa. Non potendo resistere all'intrusione comunitaria il problema di quell'ordinamento è diventato quello di spiegare fino a che punto la tutela delle aspettative del cittadino sia giustificabile in base ad un principio, la certezza nei rapporti giuridici, anche di diritto pubblico, che si asserisce riconducibile alle caratteristiche proprie dello Stato democratico contemporaneo, chiamato dalla letteratura e dal Grundgesetz 'Stato di diritto».

amministrativistico è forse l'occasione migliore attraverso cui è possibile svelare del tutto le trasformazioni del diritto amministrativo.

Il "rapporto amministrativo" indica tradizionalmente «il rapporto giuridico regolato da norme di diritto pubblico» ed è da intendersi quale «criterio ordinatore dell'azione amministrativa, inteso a valorizzare il profilo relazionale, che collega all'autorità i destinatari di tale azione» in un'ottica di «garanzia del cittadino nella logica della contrapposizione tra autorità e libertà»²⁵.

Da un po' di tempo esso viene regolarmente messo in discussione sotto il profilo della sua specialità da importanti studi che giungono a prefigurare la rinuncia del modello pubblicistico in ragione di una supposta onnipervasività delle clausole generali e della decodificazione di tutti i rapporti giuridici in termini di diritti/obblighi²⁶. In questa teorica si privilegia «l'impostazione più aderente alla sedimentata tradizione civilistica, che riallaccia concettualmente l'affidamento al *principio logico di non contraddizione*, ossia al divieto di agire in modo da lasciare insoddisfatti affidamenti o aspettative che sono stati suscitati da parte di colui che, successivamente, li frustra o delude»²⁷.

²⁵ M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della p.a.*, Torino, 2022 che, più specificamente, ricorda come «il rapporto amministrativo è stato progressivamente influenzato dalle costituzioni liberal-democratiche dell'ultimo dopoguerra, assumendo in un nuovo contesto, un ruolo rilevante nei rapporti sociali; e, non da ultimo, in ambito nazionale, l'affermazione – nell'elaborazione gianniniana – dell'autoritatività dell'atto amministrativo ha finito per attenuare la portata del concetto in esame, se non, addirittura, a determinarne la crisi. Non di meno, la nozione è divenuta il laboratorio della valorizzazione del principio di legalità» (p. 52).

²⁶ Su tutti si vd. l'interessantissimo lavoro di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, che dopo la generale constatazione per cui «La considerazione dello "statuto costituzionale" dell'amministrazione rivela come dal carattere pubblico del potere non derivi automaticamente un modello speciale di tutela nei confronti del suo esercizio» specifica che «L'abbandono dell'eccesso di potere come mezzo di tutela avverso l'esercizio del potere discrezionale a favore di principi (che trovino fonte nel diritto privato o nella normazione sulla p.a., al momento non è rilevante) operanti come norme di comportamento è, dunque, l'epifania del completo assorbimento delle regole sull'attività amministrativa nella dimensione del rapporto» fino a ritenere, sulla base dell'assunta fungibilità tra eccesso di potere e clausole generali, che «se non è possibile riempire di contenuti autonomi la nozione di autoritatività, il comma 1-bis finisce col riassumere la crisi dell'utilità del diritto amministrativo come regime speciale. Cade così il tabù della non configurabilità dell'amministrazione, almeno in certi casi (nel silenzio della legge) come un soggetto alla pari degli altri: nel silenzio della legge, anche gli atti unilaterali della p.a. sono configurabili come atti di diritto privato».

²⁷ S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008.

Nel prosieguo di questo lavoro si approfondiranno le argomentazioni a sostegno di questo approccio, che comunque, va detto, pare maggioritario.

1.4 L'affidamento legittimo: l'origine nella certezza del diritto

Già alla luce di questa prima analisi, pare evidente che i due fenomeni presi in considerazione, dell'affidamento nel diritto privato e dell'affidamento nel diritto pubblico, siano dinamiche che presentano punti di contatto che ne sottolineano le fondamentali differenze piuttosto che le possibili assimilazioni. Nello specifico se ne sono individuate tre: si fa questione di un comportamento nell'un caso e di provvedimento nell'altro; ciò che assume rilievo giuridico nella prima situazione è lo stato soggettivo di fiducia, di aspettativa nella seconda; si ha da un lato una relazione fra due soggetti privati e dall'altro fra un soggetto privato e un soggetto pubblico, laddove in realtà in quest'ultimo caso il privato si relaziona più propriamente con la funzione (pubblica)²⁸.

E si ritiene che proprio queste distinzioni siano funzionali a rivelarne una ancora più importante, in quanto appunto sta alla base delle stesse, e cioè quella circa il fondamento. Si crede, cioè, che la presenza e la rilevanza di tali differenze giustifichi, suggerisca, se non imponga, l'idea che l'affidamento in ambito pubblicistico abbia un suo proprio autonomo fondamento in questo – e forse più che in altri - ramo dell'ordinamento²⁹.

²⁸ Questo aspetto, così come pure la diversità dei due fenomeni che qui si tenta di sostenere, è così sottolineato da A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato* cit., p. 10, che afferma «è parso che l'espressione "tutela dell'affidamento" sia unicamente descrittiva di una realtà: ma la ricostruzione del fenomeno, posto che ne sia accertata la rilevanza, va operata, a seconda dei settori considerati, in modo del tutto particolare, indipendentemente dai condizionamenti naturalmente provenienti dal settore ove lo stesso è stato esaminato con maggiore completezza e serietà dei risultati. Accade così che nel diritto privato l'affidamento finisca per essere una *regula iuris* alla stregua della quale valutare la liceità dei comportamenti, mentre nel diritto amministrativo, in questi termini, l'affidamento non esiste; esiste, semmai, il problema del controllo sulla modifica delle scelte operate in precedenza dall'organo amministrativo (con esiti favorevoli per il privato). Ma non di affidamento si tratta, bensì dell'esplicarsi della funzione in relazione a precedenti rapporti costituiti con esiti favorevoli per il privato» (p. 11).

²⁹ Afferma M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 2/2021, p. 896 ss. che «l'affidamento è appunto un principio generale del diritto *tout court* e fisiologicamente si inserisce

In questo modo viene da scostarsi da quell' impostazione dottrinale, tanto autorevole quanto fondamentale e imprescindibile poiché ha dato il via a qualunque sviluppo successivo sul tema in esame, la vivacità e attualità del cui dibattito ne conferma l'importanza a suo tempo intuita e per la prima volta approfondita in un'opera monografica, che ha tentato di ricondurre anche l'affidamento pubblicistico, con particolare riferimento ai rapporti con la pubblica amministrazione, alla buona fede³⁰. Una strada che, bisogna sottolinearlo, forse, vista la portata pionieristica dello studio, appariva in quel tempo l'unica percorribile al fine di apprestare una maggiore garanzia di tutela.

Tuttavia, le posizioni dottrinali che tutt'ora si rifanno a codesta concezione finiscono per apprestare all'affidamento del cittadino, nei confronti in particolare dell'amministrazione, una tutela meramente indiretta, basata, come meglio si dirà, sulla tecnica della ponderazione/bilanciamento degli interessi che si ritiene non sia adeguata e soddisfacente rispetto alle esigenze di garanzia presenti nella società e nel mercato odierni.

Ciò che conferma ulteriormente l'idea per cui è più utile provare a ragionare in termini pubblicistici, ritenendo che ogni ambito dell'ordinamento si regge su principi suoi propri ed è sulla base di questi che occorre cimentarsi in un maggiore sforzo volto a ricondurre a sistema le problematiche che si pongono, piuttosto che sposare quell'attuale e ormai non più nuova tendenza a ritenere che la contaminazione fra settori del diritto sia sempre la lente più adatta a leggere e interpretare la realtà di oggi. Una realtà, peraltro, caratterizzata sempre più da incertezza, instabilità, precarietà che rendono sempre più frequenti i mutamenti del diritto che se per un verso rafforzano quelle esigenze che sottostanno alla tutela dell'affidamento, per un altro inducono a interrogarsi sulla cifra attuale di quegli stessi valori nel senso che oggi la stabilità fa e deve necessariamente fare i conti con un altro valore, almeno apparentemente con essa in conflitto, che è quello della flessibilità³¹.

non meno all'interno del sistema pubblicistico, come dimostra, ad. es., ai fini della tutela costitutiva, il regime tradizionale dei presupposti degli atti di autotutela».

³⁰ Il riferimento è ovviamente a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino* cit..

³¹ Cfr. M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, p. 5.

Si aderisce così a quell'altro filone dottrinale che a quello più sopra menzionato si è rapidamente contrapposto e che individua il fondamento dell'esigenza di tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dei pubblici poteri nel principio della certezza del diritto, col quale condividerebbe la matrice assiologica, individuabile nella sicurezza dei rapporti giuridici³².

E in effetti questa è la teoria fatta propria sia dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che dalla Corte costituzionale.

In particolare, l'affidamento rientra fra quei corollari della certezza del diritto intesa in termini soggettivi attraverso i quali l'ordinamento mira ad assicurare la tutela delle posizioni soggettive dei singoli³³. In questo senso vi è chi ha messo in luce come l'affidamento incarni la dimensione più attuale della certezza, quella soggettiva appunto, in contrapposizione alla concezione tradizionale giuspositivista che, in un'ottica oggettivista, considera la certezza un carattere ideale, o addirittura un mito, dell'ordinamento giuridico³⁴.

³² Così F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle corti sovranazionali*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2014, p. 583 ss. a cui si rimanda per un approfondimento circa la distinzione in termini di rispettiva autonomia tra i due principi, a fronte di una tendenza riscontrata e criticata a trattarli promiscuamente quasi come un'endiadi.

³³ Insieme agli altri due sottoprincipi dell'irretroattività degli atti normativi e dei diritti quesiti; laddove, invece, sarebbero da intendere in senso oggettivo le applicazioni del principio di certezza del diritto che mirano «a garantire la generale esigenza che le regole di condotta siano chiare, certe e prevedibili al fine di consentire ai singoli di orientare la propria condotta con piena cognizione di causa» (S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 25). S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, n. 1/2021, p. 1 ss. individua nella prevedibilità delle conseguenze che l'ordinamento giuridico determina per i nostri comportamenti il significato non solo più attuale da dare al concetto di certezza del diritto ma anche quello in grado di ricondurre a unità i suoi sottoprincipi.

³⁴ Su quest'ultimo punto vd. N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1951, p. 146 ss. il quale, nel criticare un'importante opera americana di radicale stampo neo-realista di inizio secolo scorso, smonta l'idea della certezza del diritto come mito irraggiungibile, sostenendo la tesi, che si ritiene difficilmente non condivisibile, secondo cui la certezza è un «elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo e non è neppure diritto, e che a togliere di mezzo la certezza non si libera l'umanità da una nociva illusione, ma la si priva letteralmente del sussidio e del rimedio del diritto». Per un approfondimento sulla attuale concezione vd. S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2001, p. 131 ss.; A. PREDIERI, *Certezza ed innovazione: la tutela dell'affidamento*, in AA. VV., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Atti del Convegno di Firenze, 2-3 ottobre 1992, Milano, 1993, p. 36. In senso contrario si vd. invece C. LUZZATI *L'interprete e il legislatore*, Milano, 1999, secondo cui «la certezza non è mai un dato necessario, intrinseco ad ogni ordinamento che voglia chiamarsi giuridico, ma è semplicemente un possibile obiettivo, è una proposta che può venire seguita, in parte o a fondo, oppure rimanere inascoltata e,

Indipendentemente dal grado di aleatorietà che si possa riscontrare in riferimento al principio di certezza del diritto, quello che preme sottolineare, in quanto si ritiene che valga anche per il suo corollario qui in esame, è che «l'esigenza della certezza è di per sé intrinseca all'idea di diritto, dato che questa implica l'esistenza di un sistema di norme la cui portata sia in ogni caso determinata o determinabile quanto al loro contenuto precettivo e quanto alla sfera temporale, territoriale e personale di efficacia»³⁵. Appare condivisibile la rappresentazione per cui la certezza del diritto è un bene «impalpabile: un po' come l'aria, che non la vediamo ma di cui abbiamo un disperato bisogno per sopravvivere» e perciò la si può intendere come «una sorta di meta mobile, al pari dell'orizzonte, che non può dirsi mai pienamente raggiunta ma che si sposta di continuo in avanti, richiedendo prestazioni al suo servizio sempre crescenti, più intense, adeguate» che dà conto, allo stesso tempo, della consapevolezza circa l'impossibilità che l'applicazione di questo principio si traduca automaticamente in una “pietrificazione” dell'ordinamento³⁶.

La contrapposizione tra componente soggettiva e oggettiva rifletterebbe proprio la diversa attitudine dei due concetti rispetto ai mutamenti, sempre più costanti, della realtà laddove l'affidamento si presterebbe a governarli e non a ostacolarli o impedirli come invece sarebbe proprio della certezza del diritto in senso oggettivo, col risultato ultimo che l'emersione e la valorizzazione della dimensione personalistica della certezza produce, accanto alla certezza del diritto, il delinearsi di una “certezza dei diritti”³⁷. L'affidamento rappresenta, cioè, lo strumento potenzialmente in grado di conciliare le contrapposte esigenze di stabilità e flessibilità che attualmente caratterizzano il sistema giuridico.

È in questo senso che si ritiene assolutamente di sposare la concezione dell'affidamento quale elemento essenziale dello Stato di diritto, che consente di

del resto, non è neppure integralmente realizzabile” per cui “più che a una “struttura ontologica” tipica della giuridicità, siamo di fronte a prassi e impegni».

³⁵ A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto*.II. *Profili applicativi*, in *Enc. giur.* VI, 1988, p. 2 ss.

³⁶ A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2005.

³⁷ M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*. cit, p. 6.

individuare nel terreno pubblicistico dei rapporti tra autorità e libertà, il naturale ambito di residenza del concetto in esame. Si ritiene cioè che valga anche per l'affidamento la teorizzazione del principio da cui deriva e per cui la certezza «valore irrinunciabile dell'esperienza giuridica (...) che nel migliore dei casi assai più che un obiettivo strategico di politica del diritto, è stato inteso come un presidio ideale della sfera di libertà del cittadino contro i pericoli dell'esercizio arbitrario del potere nei moderni regimi totalitari», rappresentando quindi «un problema di congruità tra intendimenti e comportamenti di due soggetti sociali portatori di autonome volontà: il legislatore e il destinatario del diritto»³⁸.

A questo punto, per capire in cosa si radica più profondamente la pretesa al mantenimento di una posizione di vantaggio scaturente da un atto pubblico occorre fare una distinzione tra provvedimento legislativo e provvedimento amministrativo. Non vi è infatti perfetta corrispondenza tra le modalità e le ragioni con cui potere legislativo e potere amministrativo hanno facoltà di incidere negativamente su situazioni soggettive sorte e consolidate sulla base di un loro precedente atto.

Sotto questo profilo, se pacificamente rientra nella discrezionalità costituzionalmente garantita al legislatore la prerogativa di abrogare o modificare anche in senso peggiorativo leggi precedenti favorevoli o comunque attributive di vantaggi per ragioni di opportunità in riferimento al perseguimento del migliore interesse pubblico attuale, all'amministrazione è riconosciuto il potere di ritirare un proprio atto non solo per motivi, come si è soliti dire, di opportunità, ma anche di legittimità dell'atto ritirando. Ci si appresta, quindi, dopo uno sguardo al contesto sovranazionale, allo studio della tutela dell'affidamento rispetto agli atti normativi, per poi soffermarsi sull'ambito amministrativistico che rappresenta, ad avviso di chi scrive, quello più problematico e anche per questo suscettibile di ulteriori evoluzioni, e che pertanto costituirà il cuore di tutto il lavoro.

³⁸ A. CORSALE, *Certezza del diritto* (profili teorici), in *Enc. Dir.*, VI, Roma, 1988, p. 5 ss.

2. L'affidamento secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea

2.1 La teorizzazione comunitaria dell'affidamento tra influenze predominanti e specificità dell'ordinamento sovranazionale

L'ordinamento europeo sconta l'assenza di alcun riferimento normativo al principio in esame, a cui fa da contraltare il protagonismo praticamente assoluto della Corte di Giustizia, che in questo ambito più che in altri ha dato atto della sua forza creativa nell'elaborazione di principi e regole comuni.

La nozione di legittimo affidamento è stata integrata nell'ordinamento europeo secondo il fenomeno del c.d. *legal transplant*, con cui i giudici del Lussemburgo fanno dei principi dell'attività amministrativa dei “catalizzatori” del processo di integrazione e ibridazione degli istituti giuridici richiedendo agli *jura particolari* «di risultare tra loro equivalenti sul piano funzionale, invece che di sottoporsi ad un processo di armonizzazione»³⁹. In tal modo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia determina uno *spill over effect* a livello degli ordinamenti interni che, quindi, subiscono un processo di rifondazione su base comune grazie anche alla fondamentale collaborazione dei giudici nazionali⁴⁰.

In particolare, è pacificamente riscontrato che nel caso dell'affidamento la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha tratto spunto in maniera prevalente dalla teorizzazione propria dell'ordinamento tedesco, pur rifacendosi talvolta anche a quello francese⁴¹. Ne è dimostrazione l'espressa riconduzione da parte dei giudici del Lussemburgo di tale principio nell'alveo della certezza del diritto, essendo inteso come principio della civiltà europea, integrativo sia dell'attività legislativa, sia dell'attività amministrativa⁴². Così, in una delle sue prime

³⁹ A. PROFETA, *Osservazioni sui principi generali del diritto dell'Unione europea: la tutela del legittimo affidamento*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2022.

⁴⁰ R. CARANTA, *La “comunitarizzazione” del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in Riv. It. Dir. Pubbl. comunit., 1996, p. 429 ss.

⁴¹ Per un approfondimento sul punto si veda D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario*, in Dir. Amm., n. 4/2008, p. 758 ss..

⁴² Così F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”* (dapprima “L'affidamento del cittadino”, 1970), Milano, 2001, p. 8.

pronunce sul tema, la Corte afferma che «il principio di tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario» e, affermandone la rilevanza a livello europeo, lo fa assurgere alla stregua di un elemento implicito dello Stato di diritto, sancendone l'immanente presenza nella generalità degli ordinamenti⁴³.

Tuttavia, non si è mancato di mettere in luce come a tale sforzo ermeneutico si sia accompagnato anche quello circa una differenziazione dei due principi⁴⁴. Presumibilmente, alla base di questo "atteggiamento", che rivela la pragmaticità della Corte, si può individuare la primaria esigenza di utilizzare il principio di certezza del diritto quale strumento per rafforzare l'unitarietà dell'Unione europea di cui pare riflesso il dato, anch'esso unanimemente rilevato dalla dottrina, per cui «il numero dei casi in cui il principio del legittimo affidamento è stato concretamente riconosciuto è inversamente proporzionale al numero dei casi in cui lo stesso principio è stato invocato»⁴⁵. In sostanza, la Corte di giustizia fa ricorso ad una nozione di certezza del diritto che si gioca sul piano dell'efficacia in quanto utile al perseguimento della conformazione degli ordinamenti nazionali agli obiettivi comunitari⁴⁶. Questo porterebbe a pensare che lo stesso principio di legalità, quale contrapposto interlocutore dell'affidamento, assuma nel contesto sovranazionale connotazioni *sui generis* legate più ad esigenze di efficacia che di democraticità delle fonti normative⁴⁷.

⁴³ Sentenza *Topfer*, 3 maggio 1978, causa C-112/77 come richiamata da R. GAROFOLI, *Il principio di legalità, il principio di legittimo affidamento, il principio di consensualità dell'azione amministrativa, il principio di semplificazione amministrativa*, Molfetta, Nel diritto editore, 2019.

⁴⁴ Di differente opinione è G. UBERTAZZI, *La tutela del legittimo affidamento e dei diritti quesiti nel diritto comunitario*, in *Dir. com. sc. int.*, 1978, p. 415 ss. che rileva: «Il frequente ricorso combinato ai due principi non ha cancellato tuttavia i loro confini. Dalla giurisprudenza (che verrà richiamata più oltre) appare, senza ombra di dubbio, che il principio della sicurezza trova applicazione in materia di diritti quesiti, mentre il principio dell'affidamento intende propriamente tutelare le aspettative legittime (salvo la possibilità di essere invocato, a *fortiori*, anche nella prima ipotesi)».

⁴⁵ S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

⁴⁶ E. CASTORINA, "Certezza del diritto" e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio "comune", in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 6/1998, p. 1177 ss..

⁴⁷ Questo sembra risultare ancora più evidente nei casi in cui di fronte alla Corte si fa questione dell'autotutela in riferimento all'amministrazione indiretta, laddove l'esigenza di assicurare la "legalità comunitaria" - che può essere messa in pericolo da parte degli Stati che facciano un uso strumentale della tutela dell'affidamento, invocandolo al solo scopo di sottrarsi agli obblighi imposti dal diritto comunitario - diventa tanto pregnante da far configurare tali istituti come doverosi. Cfr. M. GIAVAZZI, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effetto utile*, in *Riv. int. dir. amm. pubbl.*

Proprio questo aspetto della strumentalizzazione è ciò che connota le circostanze dell'affermazione nell'ordinamento sovranazionale del principio del legittimo affidamento e dei poteri pubblici con cui entra in contrapposizione, determinandone le peculiarità rispetto all'elaborazione che ha avuto luogo negli ordinamenti interni⁴⁸. Si è messo in luce, infatti, come la configurazione dell'Unione europea quale ordinamento non a fini generali, a differenza di quelli nazionali, comporta che «gli interessi comunitari pesano come un macigno sulla decisione del giudice comunitario» di fronte al quale si faccia questione della lesione del principio in esame⁴⁹. Non solo. Non vi è chi non veda come sovente, in questo tentativo di salvaguardare le esigenze del sistema comunitario, la Corte tenda a «privilegiare le soluzioni interpretative che si rivelino più coerenti rispetto alle scelte ordinamentali dei Paesi c.d. “forti”, secondo una logica coloniale»⁵⁰.

Al di là di questo tipo di conseguenze distorsive a cui può talvolta condurre una siffatta funzionalizzazione, occorre sottolineare, per darne prova, come a livello europeo la tutela dell'affidamento risulti fortemente modulata a seconda dell'interesse pubblico (comunitario), legato alle logiche del mercato unico, con cui esso si trova in contrapposizione.

Il primo riferimento ovviamente non può non essere alla tutela della concorrenza. In particolare, in materia di aiuti di stato la giurisprudenza comunitaria pare configurare la concorrenza come un “super-principio” di fronte al quale «la tutela dell'affidamento non può mai valere» perché in quel settore tale affidamento «è per necessità recessivo»⁵¹.

CERIDAP, n. 4/2020, p. 154 ss.; D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 35 ss; C. NAPOLITANO *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2016, p. 1531 ss.

⁴⁸ Cfr. in questo senso M. GIAVAZZI *Legalità, certezza del diritto e autotutela*: cit. p. 154 ss, che mostra come la configurazione del potere di autotutela come fortemente discrezionale sia una conseguenza proprio della funzionalizzazione al c.d. effetto utile della norma.

⁴⁹ D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario* cit., p. 757 ss..

⁵⁰ A. ARDITO, *Autotutela, affidamento e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. amm.*, n. 3/2008, p. 631 ss.

⁵¹ G. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2000, p. 375 ss. Cfr. CGE, 18 luglio 2007, causa C-119/05 come richiamata da S. CAPOLUPO., *Il principio del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Fisco*, 2019, p. 1958 ss.. Cfr. sul tema anche A. TERRASI., *Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente*

Un altro esempio, che dà conto della settorialità del processo di sviluppo dell'affidamento, è quello degli importi monetari compensativi con riferimento al quale la Corte, rilevato che sono la finalità e la struttura stesse del sistema a rendere inevitabile il fatto che i fattori necessari per il calcolo vengono determinati solo dopo la scadenza del periodo per il quale detti importi vanno applicati, per cui non si potrebbe parlare davvero di retroattività, ha ritenuto che gli operatori debbano aspettarsi modifiche anche retroattive degli importi, negando in tal modo la possibilità che in tale ambito possa essere invocata la tutela dell'affidamento⁵².

Allo stesso modo, anche in materia di quote latte, caratterizzata da politiche incentivanti, emerge il sindacato stringente della Corte che di rado riscontra un affidamento meritevole di tutela⁵³.

Un'altra peculiarità dell'elaborazione europea dell'affidamento deriva dal fatto che la Corte di giustizia opera sia come giudice delle leggi che come giudice degli atti delle istituzioni europee, ciò che conferisce una certa unitarietà all'approccio ermeneutico e ai suoi risultati, caratterizzati dall'assunzione di una prospettiva rivolta alla posizione del privato più che al tipo di atto (normativo o amministrativo) e quindi di potere col quale essa dialoga. Risultato di questa impostazione e insieme della derivazione dal principio di certezza del diritto, è che nella giurisprudenza europea «il principio del legittimo affidamento presenta uno stretto legame con il principio della generale irretroattività»⁵⁴.

Un'ultima premessa è, infine, da fare prima di procedere ad una sintetica ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale europea: la Corte, a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento interno, utilizza il termine “revoca” sia con

concessi, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1098 ss. e C. NIZZO, *Il Commento, Affidamento nella ripetizione di aiuti di stato illegittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/1997, p. 1034 ss.

⁵² Cfr. Sentenza 7 luglio 1976, causa C-7/76, *Irca c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, vb Sentenza 25 gennaio 1979, causa C-98/78, *Racke c. Hautzollant Mainz* e Sentenza 12 aprile 1984, causa C-281/82, *Unifrex*. La Corte si discosta invece da questo suo orientamento nelle Sentenze 19 maggio 1982, C-84/81, *Staple Dairy Products* e 14 luglio 1983, causa 224/82, *Meiko*, riscontrando in tali casi che quella situazione concreta non permetteva agli operatori di prevedere le modifiche contestate.

⁵³ L. MONTANARI, *La disciplina delle « quote latte » tra tutela del legittimo affidamento ed esigenze della politica agricola comune*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, n. 2/1999, p. 786 ss.

⁵⁴ S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento* cit. Cfr. sul punto Sentenza 8 giugno 2000, causa C-396/98 in cui la Corte fa protezione dell'affidamento in relazione ai diritti acquisiti.

riferimento ad atti comunitari legittimi che ad atti comunitari illegittimi. Ma questo non significa affatto che tale distinzione non sia tenuta di conto dai giudici del Lussemburgo, anzi, si può invero affermare che il principio del legittimo affidamento è ricostruito diversamente, nelle sue connotazioni e nel suo significato, a seconda che si faccia questione del venire meno degli effetti di un atto per esigenze di mutamento della disciplina o perché illegittimo. Ed è questo schema che si seguirà nel cercare di dare ordine ad una giurisprudenza europea per niente omogenea e lineare, per esigenze funzionali volte a favorire il raffronto con la successiva analisi dell'ordinamento interno⁵⁵.

2.2 La tutela dell'affidamento a fronte dei mutamenti di regolazione: una questione di prevedibilità

Il primissimo caso in cui la Corte di giustizia si trova a decidere su una questione afferente al tema in esame risale al 1957 e riguarda la revoca di un provvedimento favorevole legittimo⁵⁶. Subito la Corte effettua la distinzione richiamata in conclusione del paragrafo precedente ponendo due regole: una con riferimento agli atti illegittimi, di cui afferma la revocabilità seppur nel limite di un *tempo ragionevole* e l'altra con riferimento agli atti legittimi, rispetto ai quali statuisce con forza il principio dell'irretroattività, dando così pieno riconoscimento all'istanza del privato. Quest'ultima regola consiste, infatti, nell'impossibilità del ritiro di un provvedimento favorevole legittimo che abbia conferito un diritto individuale in ragione del fatto che «l'affidamento nella stabilità della situazione che è stata creata» prevale «sugli interessi di un'amministrazione di cambiare la propria decisione».

⁵⁵ Dall'analisi della dottrina emerge, infatti, come il tema può essere affrontato sotto vari punti di vista: talvolta è stato fatto procedendo ad uno studio dell'affidamento a seconda delle materie; talaltra seguendo un criterio cronologico; altre ancora seguendo la distinzione che qui si sposa; o, ancora, focalizzando l'attenzione sulle differenze o meno tra la giurisprudenza sull'amministrazione diretta o indiretta dell'UE o sull'affidamento "da comportamento" delle istituzioni europee.

⁵⁶ Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 1957, in cause riunite C-7/56 e 3-7/57, *Algera et. a.v. Common Assembly*.

Successivamente, la Corte in un primo momento e con riferimento a uno di quegli ambiti sopra richiamati in cui prevalgono esigenze di sistema, sembra affiancare a questa regola, ribadita in altre pronunce⁵⁷, una deroga e, in un secondo momento, a distanza di poco tempo, dei limiti a quest'ultima.

Da un lato, infatti, la Corte stabilisce che il diritto comunitario non esclude del tutto l'ipotesi di una disciplina retroattiva, dall'altro chiarisce che la retroattività è eccezionalmente legittima purché lo esiga lo scopo della norma e sia rispettato il legittimo affidamento degli interessati⁵⁸. L'aspetto da sottolineare è il fatto che la verifica di quest'ultima condizione si traduce immediatamente nella valutazione circa la prevedibilità del mutamento, e dell'efficacia retroattiva allorquando è inevitabile, come spesso accade, per esigenze funzionali, che in questa prima fase assume connotati oggettivi legati alle particolari circostanze di fatto e/o di diritto proprie di un determinato settore di intervento europeo⁵⁹. In base a tale principio, quindi, non vi è può essere affidamento legittimo laddove il mutamento sia ragionevolmente e oggettivamente prevedibile, in base alle caratteristiche del mercato e della relativa disciplina, con la precisazione che il

⁵⁷ Vd. Sentenza *Brock*, 14 aprile 1970, C-68/69; Sentenza *Westzucker*, 4 luglio 1973, C-1/1973.

⁵⁸ Rispettivamente Sentenza 7 luglio 1976, causa C-7/76, *Irca c. Amministrazione delle finanze dello Stato* e Sentenza 25 gennaio 1979, causa C-98/78, *Racke c. Hautzollant Mainz*. Vd. anche Sentenza 25 gennaio 1979 C-99/78.

⁵⁹ Cfr. Sentenza 30 settembre 1982, cause C-110/81 *Roquette Frères c. Consiglio*, C-114/81 *Tunnel Refineries c. Consiglio* e C-108/81 *Amylum c. Consiglio*, in cui la Corte, dopo aver verificato la sussistenza della prima condizione in quanto «il Consiglio ha potuto ritenere legittimamente che lo scopo da raggiungere nell'interesse generale, cioè la stabilizzazione del mercato comunitario degli edulcoranti senza arbitrarie discriminazioni fra gli operatori, esigesse l'efficacia retroattiva della normativa impugnata» riscontra anche la presenza della seconda, affermando che, date le circostanze del caso, il «legittimo affidamento può fondarsi soltanto sul carattere imprevedibile del ripristino, con efficacia retroattiva, della disciplina contenuta nel regolamento (...)» deduce che non può essere fatto valere un legittimo affidamento degno di tutela dalle seguenti circostanze: il numero esiguo degli operatori economici coinvolti, da ritenersi ragionevolmente consapevoli delle particolari dinamiche dei mercati in cui operano e della relativa normazione; il Comportamento del Consiglio, avuto riguardo alla chiara manifestazione della volontà di procedere in un tal modo; la pregressa causa tra gli stessi attori. Vd. anche Sentenza 13 novembre 1991 C-143/88 in cui la riscontrata mancanza di un legittimo affidamento è dedotta dal brevissimo lasso di tempo entro cui è intervenuta la nuova direttiva e dal fatto che quella precedente era stata annullata per un vizio di tipo procedurale per cui «gli interessati, tenuti al rispetto, nella loro attività, delle normative nazionali emanate per l'attuazione della direttiva annullata, non potevano fare affidamento su un mutato atteggiamento, da parte del Consiglio, quanto alla sostanza della disciplina». Vd. anche: Sentenza 19 maggio 1982, causa C-84/81 *Staple Dairy Products* e Sentenza 14 luglio 1983, causa C-224/82 *Meiko* nelle quali la Corte ravvisa che il mutamento non poteva essere ragionevolmente prevedibile dagli operatori, e Sentenza 21 febbraio 1991 C-143/88 e C-92/89.

mutamento deve essere prevedibile in tempo utile rispetto alla situazione di fatto⁶⁰.

Prende così il via un filone giurisprudenziale molto rigoroso che, focalizzandosi sulla posizione ed il ruolo del privato rispetto al mercato, restringe le maglie della sua tutela. La Corte, infatti, fa riferimento allo standard dell'”operatore economico prudente e accorto” per valutare la ragionevolezza e oggettività della prevedibilità del mutamento su cui si gioca, come visto, la legittimità, e quindi la meritevolezza di tutela, dell'affidamento⁶¹.

Con un esito se non altro curioso: i termini del ragionamento iniziale che sta alla base della tutela dell'affidamento sembrano ribaltarsi, facendosi ora caso non tanto alle aspettative del privato verso l'ordinamento quanto, al contrario, alle aspettative dell'ordinamento nei confronti del privato. Fino al punto che la Corte è arrivata ad esplicitare tale requisito affermando che «L'applicazione del principio della tutela del legittimo affidamento presuppone che venga accertata la buona fede del beneficiario della sovvenzione di cui trattasi»⁶².

A tal proposito non v'è chi non abbia sottolineato gli aspetti problematici di un tale approccio che riguardano fondamentalmente la necessità di poter trovare un giusto equilibrio tra le due aspettative, sulla cui ragionevolezza non si pensa ci possa essere dubbio. Si è quindi evidenziato, innanzitutto, come alla ragionevole aspettativa circa la legittimità dell'affidamento intesa come dovere di informarsi e conoscere il mercato in cui opera e il relativo quadro normativo, debba fare da contraltare una qual certa chiarezza, comprensibilità, trasparenza e conoscibilità delle stesse di cui deve farsi carico l'autorità⁶³.

⁶⁰ Sentenza 11 luglio 1991, causa C-368/89 *Crispoltoni* in cui la Corte ritiene illegittimi per violazione del principio del legittimo affidamento i provvedimenti volti a limitare l'aumento della produzione di un certo tipo di tabacco sono intervenuti quando le operazioni di piantatura erano già state effettuate e iniziate quelle di raccolto.

⁶¹ Cfr. Sentenza 11 marzo 1987, causa C-265/85, *Van den Bergh en Jurgius*; Sentenza 6 marzo 2003, causa C-14/01, *Niemmann*; Sentenza T-243-94, *British Steel*; Sentenza 16 ottobre 2019 causa C-490/18.

⁶² Sentenza 19 settembre 2002, causa C-336/00, *Huber*.

⁶³ P. MAFFEI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, n. 1/2003, p. 498 ss. che precisa: «In altri termini, si pone il problema del confine tra il generico dovere di informazione che grava su ogni cittadino e il dovere di ogni Stato membro di tradurre la legislazione comunitaria al proprio interno con norme chiare e precise, assicurandone ai destinatari un'adeguata conoscenza e informazione. A tal proposito, la Corte afferma che spetta ai giudici nazionali verificare se le forme di pubblicazione prescelte dagli

Ma soprattutto, si è notato, «il problema sorge laddove la normale diligenza dell'operatore economico non è sufficiente per conoscere adeguatamente la disciplina comunitaria o per lo meno ciò avverrebbe solo a condizione di un suo sacrificio sproporzionato», ciò che di per sé sembra potersi stabilire solo caso per caso, non risultando idoneo a soddisfare le esigenze di certezza insite nella questione⁶⁴.

In ogni caso questo criterio ha assunto particolare rilevanza in quei settori più sopra richiamati in cui l'intervento regolatore delle istituzioni europee è molto attivo perché necessario al raggiungimento degli obiettivi di politica comune cui sono preposte, laddove a rigor di logica tanto più un ambito richiede costanti adeguamenti normativi, tanto meno potrà essere invocata da un operatore economico che vi opera una (irrazionale) imprevedibilità quale base fondante di un suo legittimo affidamento, che quindi risulta fortemente ridimensionato di fronte all'ampio potere discrezionale di cui godono le amministrazioni europee in tali ambiti⁶⁵. Nella sostanza, il concetto di prevedibilità dà conto, ancora una volta, di come la Corte debba muoversi innanzitutto nella prospettiva di integrazione economica, in cui si parte dal presupposto che la mutevolezza, l'incertezza e la modificabilità della regolazione «fa parte del rischio economico che l'operatore accetta di assumere entrando nel mercato» per cui «l'interesse che può generare un affidamento si pone nell'ambito residuale ed ulteriore rispetto all'area in cui opera il rischio stesso»⁶⁶. Il che, di nuovo, pone il problema di individuare la linea da tracciare tra l'ambito del "rischio accettabile" e del "rischio insopportabile".

Si deve a questo punto dare conto anche di quella giurisprudenza che, avendo ad oggetto il fenomeno della c.d. immediata applicazione della legge, ricomprendente i casi in cui una norma disciplina con efficacia *ex nunc* situazioni

Stati membri siano sufficienti per rendere poi le norme vincolanti nei confronti dei destinatari, attribuendo in tal modo alla loro scarsa diligenza l'eventualità della mancata conoscenza». Sembrano farsi carico di questo profilo le Sentenze 19 maggio 1983 causa C-289/81, *Mavridis* e 26 giugno 1990, causa C-152/88 *Sofrimport*.

⁶⁴ Cfr. Sentenza 26 aprile 2005, causa C-376/02.

⁶⁵ Sentenza 15 luglio 2004, cause riunite C-37/02 e C-38/02.

⁶⁶ L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998, p. 158.

pendenti ma sorte sotto la previa disciplina, dà conto di come anche la Corte abbia abbracciato la distinzione tra retroattività propria e impropria, individuando anche di fronte a quest'ultima situazioni in cui l'affidamento necessita di una qualche tutela, soprattutto quando la modifica normativa è repentina e imprevedibile.

La Corte in un primo momento si dimostra non troppo rigorosa ammettendo che con una deroga espressa si possa contravvenire al principio, pure affermato, per cui le leggi che modificano una disposizione legislativa si applicano agli effetti futuri di situazioni sorte sotto l'impero della vecchia⁶⁷.

Di poco successiva la più stringente elaborazione con cui non solo si afferma che una tale trasgressione, per essere ammissibile, deve fondarsi sulla presenza di un *interesse pubblico inderogabile*, ma, in mancanza di questo, si subordina la legittimità di un tale intervento normativo alla contestuale predisposizione di *norme transitorie* quale ulteriore forma di protezione degli interessi dei privati⁶⁸. La loro mancanza sembra, infatti, comportare una responsabilità dell'Unione.

Non mancano, infine, i casi in cui la Corte si occupa dell'affidamento fondato non su atti ma comportamenti delle istituzioni europee, ciò che, come si vedrà, risulta particolarmente interessante alla luce degli sviluppi giurisprudenziali interni. I giudici europei ammettono infatti che sussiste un legittimo affidamento anche laddove l'amministrazione europea abbia suscitato aspettative fondate attraverso precise assicurazioni, a condizione che queste ultime, oltre ad essere conformi alle norme applicabili, siano precise,

⁶⁷ Sentenza 5 dicembre 1973, causa C-143/73, *Sopad c. Forma*; Sentenza 4 luglio 1973, causa C-1/73, *Westzucker*.

⁶⁸ Sentenza 14 maggio 1975, causa C-74/74, *C.N.T.A.*; Sentenza 16 maggio 1979, causa C-84/78, *Tomadini*; Sentenza 8 giugno 1977, causa C-97/76; Sentenza 26 giugno 1990, C-152/88; Sentenza 14 ottobre 2010, causa C-67/09; Sentenza 30 aprile 2020, causa C-184/19, Sentenza 3 giugno 2021, causa C-39/20; Sentenza 21 dicembre 2021, C-428/20. Sottolinea D. U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Il Foro amm. – TAR*, n. 6/2008, p. 1899 ss. che la prevalenza della questione della prevedibilità su quella della retroattività della modifica normativa, e quindi delle modalità e non dell'an di quest'ultima, si giustifica con la "circostanza che, diversamente da quanto può dirsi per gli ordinamenti nazionali, all'ordinamento comunitario è del tutto - o quasi - estranea l'idea che l'azione debba improntarsi anche al rispetto del principio di continuità" laddove spesso la discontinuità e le continue modifiche normative sono spesso coesenziali al funzionamento dei mercati.

incondizionate e concordanti e provenienti da fonti autorizzate ed affidabili⁶⁹. Sul punto si è però evidenziato che tale criterio, essendo difficile ipotizzare - eccetto rari casi - che si possa, ai fini dell'affidamento, giungere a dare rilievo a eventuali contatti informali intercorsi tra rappresentanti delle istituzioni legislative e singoli destinatari delle norme o rappresentanti di gruppi organizzati, mancando quindi i presupposti per una relazione diretta e puntuale tra legislatore e destinatari dei provvedimenti, mal si attaglia alla dimensione legislativa con la conseguenza che il sindacato finisce per coincidere con la verifica sull'avvenuta pubblicazione dell'atto formale risultando perciò restrittivo in termini di tutela⁷⁰.

La Corte comunque non dà rilevanza solo al comportamento oggettivo delle istituzioni ma anche allo stato psicologico del soggetto privato che, ritiene, se agisce in mala fede, per scopi speculativi o in violazione di disposizioni di legge non potrà mai invocare un affidamento legittimo⁷¹.

Da quanto fino ad ora detto, emerge che la Corte di giustizia, nell'opera di integrazione dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, adotta una prospettiva che allo stesso tempo risulta imprescindibilmente condizionata dalle finalità istituzionali dell'UE e orientata a porre al centro la posizione soggettiva del privato, quale destinatario diretto delle norme e quindi titolare di posizioni di diritto e di obbligo, col formarsi di uno speciale equilibrio tanto solido quanto mutevole ed elastico a seconda delle specificità del singolo caso concreto⁷².

⁶⁹ Cfr. Sentenza 19 maggio 1983, causa C-289/81, *Mavridis*, Sentenza 21 luglio 1998, cause riunite T-66/96 e T-221/97, *Mellet*, Sentenza 6 febbraio 1986, causa 162/84, *Vlachou*, Sentenza 27 marzo 1990, causa T-123/89, *Chomel*, Sentenza 12 dicembre 1992, causa T-20/91, *Holtbecker*, Sentenza 27 aprile 1978, causa 90/77, *Helmut Stiming*, Sentenza 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd. e a.c. Commissione*, Sentenza 19 marzo 2003, causa C-273/01; Corte giust., 15 aprile 2021, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.*, C-798/18 e C-799/18; Corte giust., 14 ottobre 2010, *Nuova Agricast e Cofra/Commissione*, C- 67/09; Tribunale UE, 5 settembre 2014, T-471/11, *Éditions Odile Jacob/Commissione*; Corte giust., 14 giugno 2016, C-566/14 *P. Marchiani c. Parlamento*, punto 77; Tribunale Ue, 22 settembre 2021, T-425/18.

⁷⁰ G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, p. 51.

⁷¹ Cfr. Sentenza 12 dicembre 1985, causa C-67/84, *Sideradria*, Sentenza 24 gennaio 2002, causa C-500/99, *Conserve Italia*.

⁷² L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998, p. 207.

2.3 L'affidamento di fronte al ritiro di atti illegittimi. L'esclusione di una protezione automatica degli interessi in gioco: il bilanciamento

La maggiore evoluzione giurisprudenziale si è avuta con riferimento al ritiro di provvedimenti illegittimi con efficacia *ex tunc*, laddove, come si sa, la problematicità della questione si sostanzia nella tensione tra il principio di legalità da una parte, e di certezza del diritto, dall'altra.

Così, la Corte, dopo aver introdotto l'elemento temporale (il tempo ragionevole) quale primo fattore di contemperamento degli interessi "antagonisti", chiarisce che il principio di certezza del diritto, per quanto importante, non può essere applicato in modo assoluto, dovendosi pertanto individuare nella tecnica del bilanciamento lo strumento per ricondurre a sistema la frattura causata da detta contrapposizione⁷³. Tale confronto, come fatto intendere dai giudici, non può sfuggire alla relatività del giudizio da effettuarsi caso per caso in relazione alla specificità della fattispecie. Ma soprattutto, nell'elaborazione della Corte, è rimessa all'amministrazione che ha emanato l'atto la valutazione circa gli effetti retroattivi o meno della revoca da adottare⁷⁴. Un profilo quest'ultimo, particolarmente interessante non solo perché dimostra la grande elasticità e praticità con cui la Corte affronta la questione, ma anche e soprattutto per il raffronto con la tradizionale concezione dell'ordinamento italiano che si fonda proprio sul dogma della retroattività dell'annullamento d'ufficio quale principale elemento caratterizzante dell'istituto.

⁷³ Sentenza 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59, S.N.U.P.A.T. Cfr. anche Sentenza 13 luglio 1965 causa C-111/63 in cui la Corte sottolinea che la valutazione circa la presa in considerazione dell'affidamento del privato è sottoposta al suo scrutinio giurisdizionale.

⁷⁴ Afferma la Corte: «La decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto (...)» e che «Va tuttavia rilevato che la valutazione di questa circostanza come pure dell'importanza rispettiva degli interessi contrapposti e, conseguentemente, la decisione di revocare o meno con effetto retroattivo le esenzioni viziate spettano in primo luogo all'Alta Autorità : la Corte non può sostituirsi all'Alta Autorità e deve perciò limitarsi a rinviarle la pratica affinché essa proceda, in conformità all'art. 34 del Trattato, a detta valutazione».

Quanto all'elemento temporale i giudici, avvicinandosi al modello francese, inizialmente fanno una distinzione tra atti ricognitivi e atti costitutivi affermando che il principio della ragionevolezza del termine può avere importanza considerevole qualora si tratti di atti costitutivi di diritti soggettivi mentre ha scarso rilievo nell'ipotesi di atti ricognitivi⁷⁵. Successivamente procedono ad una configurazione unitaria affermando espressamente che la revoca di un atto illegittimo è consentita entro un tempo ragionevole e se si è debitamente tenuto conto della misura in cui l'interessato ha potuto fare affidamento sulla legittimità dell'atto⁷⁶.

Altro aspetto significativo, è l'entrata in scena della buona fede del destinatario dell'atto. Se, talvolta, (la mancanza di) questa è legata alla riconoscibilità dell'errore⁷⁷, talaltra la Corte afferma che la revoca va ammessa quando i beneficiari del provvedimento illegittimo ne abbiano provocato l'adozione mediante indicazioni false o incomplete, precisando però che un loro comportamento corretto non è idoneo di per sé ad escludere automaticamente la revoca *ex tunc* dell'atto essendo quindi uno dei fattori oggetto del bilanciamento⁷⁸.

Sennonché, sul finire del secolo, la Corte sembra cambiare drasticamente idea su quest'ultimo punto, giungendo ad assoggettare la revoca retroattiva a condizioni molto più rigorose. In effetti, i giudici europei non solo ribadiscono che il diritto di ogni istituzione comunitaria di revocare retroattivamente un proprio atto ritenuto illegittimo, entro un termine ragionevole, «trova un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto», ma aggiunge che «se è nato a buon diritto, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venire scalzato»⁷⁹. Solo un «interesse di ordine pubblico» che prevalga sull'interesse del destinatario potrebbe farlo. Questa giurisprudenza è stata interpretata come un punto di non ritorno nella tutela dell'affidamento, nel senso di ritenere la correttezza del

⁷⁵ Sentenza 12 luglio 1962, causa C-14/61, *Hoogovens*.

⁷⁶ Sentenza 3 marzo 1982, causa C-14/81 *Alpha Steel*.

⁷⁷ Sentenza 20 giugno 1991, causa C-365/89 *Cargill*, Sentenza 28 giugno 1990, causa C-80/89 *Erwin Behn*; Sentenza 26 febbraio 1987, causa C-15/85 *Consorzio cooperative d'Abruzzo*.

⁷⁸ Sentenza 12 luglio 1962, causa C-14/61, *Hoogovens*.

⁷⁹ Sentenza 17 aprile 1997, causa C-90/95, *De Compte*. Cfr. anche Sentenza 24 gennaio 2002, causa C-500/99, *Conserve Italia*.

comportamento del privato presupposto necessario e sufficiente a fondare un legittimo affidamento e impedire la revoca *ex tunc*.⁸⁰

Al di là della condivisibilità di questa posizione, su cui ci si interroga, stante la consolidata premura della Corte verso la legalità comunitaria, intesa, come sopra detto, quale raggiungimento degli obiettivi di politica comune, che da una siffatta lettura risulterebbe fortemente compressa, e la contemplata presenza di quell'interesse pubblico prevalente che relativizza la prima regola riducendo di nuovo la questione a un bilanciamento, l'aspetto da sottolineare pare un altro. E cioè la progressiva centralità assunta dall'individuo in termini di rilevanza della sua condotta ai fini del riconoscimento di un affidamento legittimo. Anche in questo caso, si nota come nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia elementi oggettivi quali il trascorrere del tempo - che, da limite al potere di revoca diventa elemento malleabile in ragione del giudizio improntato alla ragionevolezza finendo per divenire esso stesso un fattore bilanciabile⁸¹ - e le caratteristiche dei singoli mercati hanno via via lasciato campo a valutazioni incentrate sul privato, con riferimento alla sua posizione e alla sua condotta all'interno degli stessi.

Alla luce di tutto quanto sopra detto, si può, quindi, rilevare che la cifra dell'affidamento nella configurazione teorizzata dalla giurisprudenza europea si rinviene nella centralità del privato, sia in occasione della revoca di atti legittimi che della revoca di atti illegittimi, in un approccio ermeneutico particolarmente

⁸⁰ Cfr. M. BACCI, *L'evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea e degli Stati membri*, in www.masterdirittoprivatoeuropeo.it, 2015, e A. DAMATO, *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2/1999, p. 299 ss. che sottolinea «Nella giurisprudenza della Corte il principio di tutela del legittimo affidamento è stato applicato attraverso il c.d. *two step analysis approach*. Tale metodo si caratterizza per il fatto di disaggregare, attraverso un primo e un secondo livello di indagine, che si svolgono separatamente l'uno dall'altro, l'analisi sull'esistenza di un affidamento legittimo rispetto a quella sull'esistenza di un pubblico interesse sufficiente a sacrificare l'affidamento oggettivamente e ragionevolmente maturato dai privati. Sotto il profilo dell'attuazione pratica, la disaggregazione dell'analisi in due fasi distinte, che riflette una tutela giuridica dei privati più rilevante di quella che risulterebbe da un generico bilanciamento con gli interessi pubblici in gioco, importa varie conseguenze» tra cui la ripartizione dell'onere della prova, per cui al privato spetta provare il suo legittimo affidamento in termini di correttezza del suo comportamento ma anche di ragionevolezza oggettiva della sua aspettativa, e all'amministrazione l'esistenza di un interesse pubblico prevalente.

⁸¹ Cfr. Sentenze 13 luglio 1965, causa C-111/63 *Lemmerz - Werke c. Alta Autorità CECA*; Sentenza 16 giugno 1966 C-54/65 *Compagnie des Forges c. Alta Autorità CECA* in cui si fa riferimento alla stabilità dell'atto, oltre che alla legittimità.

concreto e pragmatico, finanche utilitaristico, in una elasticità e flessibilità di giudizio legate all'esaltazione delle specificità del singolo caso concreto e governate dai criteri di ragionevolezza, proporzionalità e modularità degli effetti. Tutto ciò permette di affermare che il lavoro della Corte di giustizia appare davvero orientato al raggiungimento del migliore equilibrio tra le contrapposte esigenze in campo, che si persegue attraverso una concezione sempre più relazionale delle parti che non neghi o mortifichi le prerogative e gli interessi di ciascuna.

Dopo uno sguardo all'affidamento nei confronti del legislatore nazionale, si procederà allo studio del tema in esame con riferimento al potere amministrativo così come configuratosi nell'ordinamento interno, ciò che potrà permettere di verificare anche se e quanto degli insegnamenti dell'elaborazione sovranazionale è effettivamente filtrato in tale contesto e quanto ancora potrebbe evolversi sulla scia di quello.

3. Affidamento e potere legislativo: il silenzio del legislatore e il difficoltoso inquadramento della Corte Costituzionale

3.1. Fondamento (dal combinato disposto alla generalizzazione dell'art.3 Cost.)

La tutela del cittadino rispetto ad atti normativi che vadano a ledere posizioni soggettive acquisite è un valore che «rappresenta uno dei fondamenti del nostro ordinamento, una espressione di civiltà giuridica, capace di assicurare la pacifica convivenza sociale»⁸².

Tuttavia, per quanto l'esigenza di questa protezione sia evidente e avvertita da tutti gli operatori del diritto, rimane un concetto non scritto per cui

⁸² G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Padova, 2009, p. 58.

non è stato facile, né lineare, il percorso interpretativo volto a trovarne la necessaria collocazione costituzionale. La storia della tutela dell'affidamento di fronte al potere legislativo ha sempre dovuto fare i conti con la difficoltà di trovare un adeguato aggancio costituzionale che potesse giustificare l'ascesa a specifico parametro nel giudizio di costituzionalità delle leggi.

Un problema, quello del fondamento costituzionale, che si intreccia fino a confondersi, con un altro e cioè quello della settorialità, che egualmente ha rappresentato uno scoglio per il completo riconoscimento e l'effettività di tutela di questo valore.

Come anticipato, la questione della tutela dell'affidamento del cittadino è storicamente legata e, probabilmente come messo in luce da alcuni, limitata (d)al tema della irretroattività della legge, laddove, a fronte di un espresso divieto costituzionale riferito solo alla materia penale (art. 25, co. 2 Cost.), si è posto il problema e l'esigenza della tutela di altre libertà, oltre a quella personale⁸³. Certo, vi è anche l'art. 11 disp. Prel. cod. civ. che in modo generale statuisce chiaramente che «la legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo». Ma, innanzitutto, non essendo una fonte di rango costituzionale questa disposizione è derogabile dalle leggi e dagli atti ad essa equiparati, non potendosi quindi «dire di per sé illegittime le leggi che dispiegano i loro effetti nel passato, a meno che non vadano in contrasto con altri limiti fissati dalla Costituzione»⁸⁴. Inoltre, non è sempre altrettanto chiaro cosa debba intendersi realmente per “effetto retroattivo” e quali fenomeni tale espressione ricomprenda. L'incertezza intorno al concetto di retroattività non solo trova riscontro nella tradizionale distinzione tra retroattività propria e impropria, ma è tale da aver dato adito a dubbi circa la sua utilità ai fini

⁸³ Cfr. P. CARNEVALE, “*Al fuggir di giovinezza...nel doman s'ha più certezza*” (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale), in *Giur cost.*, 1999, p. 3643 ss., secondo il quale è la modificazione *pro futuro* di rapporti di durata - e non «la frustrazione delle aspettative vantate operata dalla legge in deroga al canone *tempus regit actum*» - che costituisce «verosimilmente il profilo più genuino del principio di salvaguardia del legittimo affidamento vantabile nei riguardi dell'azione *legisl-latio*».

⁸⁴ G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento* cit., p. 57.

di comprendere i fenomeni in cui vi è frizione con i principi di certezza e tutela dell'affidamento⁸⁵.

La prima giurisprudenza della Corte costituzionale che ha dovuto affrontare la questione riguarda essenzialmente l'ambito previdenziale, cui poi si sono aggiunti quello tributario e quello afferente alla libertà di iniziativa economica privata.

In una delle sue prime e significative pronunce la Corte afferma anzitutto che, sebbene non sia «interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti», qualora si tratti di disposizioni retroattive queste «non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»⁸⁶.

Tuttavia, quello che preme qui sottolineare è il fatto che, in questa prima fase, la Corte, nel fare applicazione del principio, non ha affrontato direttamente la questione del suo fondamento costituzionale richiedendo, per il riconoscimento della sua protezione, la contemporanea lesione di un altro specifico precetto costituzionale come, ad esempio, l'adequatezza del trattamento previdenziale (art. 38 Cost.), la garanzia del diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.), la tutela della funzione giurisdizionale (artt. 101 e 103 Cost.), negandogli quindi carattere autonomo e generalizzato. Questa logica del «combinato disposto» o di «affioramento costituzionale *per relationem*» se, da un lato pare riflettere il fatto che l'affidamento «non vale in sé e per sé ad individuare un'autonoma situazione giuridica soggettiva» richiedendo sempre che «l'interesse che esso sottende si

⁸⁵ Vd. su questo punto M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Parte prima)*, in *Giur. it.*, 2007, p. 7 ss., che arriva alla conclusione radicale per cui «la questione della retroattività, più ancora che d'essere ripensata, merita d'essere accantonata, perché fallaci sono le premesse che hanno indotto a porla» e G. COZZOLINO., *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012 che dà conto dell'affacciarsi di nuovi termini e concetti quali «retroazione»; «retroefficacia»; «retrospettività»; «retrocontemplazione».

⁸⁶ Sentenza Corte cost. n. 349/1985.

appoggi, per così dire, ad una (distinta) situazione giuridica soggettiva imputabile al singolo», dall'altro comporta che «la necessaria emersione costituzionale dell'interesse sostanziale, cui accede la tutela dell'affidamento, renderebbe spendibile la pretesa alla *coherence* del legislatore solo in settori per così dire "costituzionalizzati" lasciando esclusa una vasta area di rapporti⁸⁷.

Una critica che non è rimasta inevasa da parte della Consulta che, a partire dalla nota sentenza n. 416/1999 compie un significativo passo avanti, per altro non sempre successivamente confermato⁸⁸, nel percorso di emancipazione dell'affidamento quale autonomo parametro di costituzionalità, individuando nell'art. 3 Cost., e quindi nel principio di ragionevolezza, il suo proprio fondamento costituzionale. Afferma la Corte che «al legislatore ordinario, pertanto, fuori della materia penale, non è inibito emanare norme con efficacia retroattiva, a condizione però che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della *ragionevolezza* e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti (da ultimo, v. sentenza n. 229 del 1999). Tra questi la giurisprudenza costituzionale annovera, come è noto, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica (..)»⁸⁹.

Da una parte, questa soluzione, che è apparsa ferma e lineare, permette di superare l'inconveniente della settorialità in cui era stato relegato l'affidamento nella precedente giurisprudenza svelando quella che invece è una valenza sistemica del principio⁹⁰. Dall'altra, però, si è notato come l'ancoraggio esclusivo al principio di ragionevolezza «non appare scevro da critiche, sia per l'intima contraddittorietà di una simile operazione, che finisce col confondere il "pria col

⁸⁷ P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3658 ss.

⁸⁸ La Corte sembra, infatti, fare un passo indietro con la sentenza n. 446/2002 in cui si torna alla logica dell'esame congiunto dei parametri costituzionali.

⁸⁹ In sostanza, il principio di irretroattività "non configura un precetto costituzionale, ma un principio di civiltà giuridica, dotato di forza orientativa, e non vincolante, e, in quanto tale, suscettivo di deroghe secondo i normali criteri che regolano i rapporti fra le fonti, salvo il rispetto della Costituzione "(..) "potendosi, allora, definire un criterio di massima, rimesso alla prudente valutazione del legislatore" (G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni cit.*, pp. 68 e 58).

⁹⁰ A. CELOTTO, *Un importante riconoscimento del principio di affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 138 ss.

poi”; sia per il rischio della perdita di identità del sindacato della Corte, assorbito e disciolto nell’oceano magmatico e poliforme del controllo di ragionevolezza»⁹¹.

Tale problematica è stata rilevata con particolare riferimento, ad esempio, alle c.d. leggi di interpretazione autentica che sono logicamente inclini ad un’efficacia retroattiva come si evince dai loro caratteri identificativi così come individuati dalla stessa Corte costituzionale quali leggi o disposizioni «che riferendosi e saldandosi con altre disposizioni (quelle interpretate), intervengono esclusivamente sul significato normativo di queste ultime (senza, perciò, intaccarne il dato testuale), chiarendone o esplicitandone il senso (ove considerato oscuro) ovvero escludendone o enucleandole uno dei sensi ritenuti possibili, al fine, in ogni caso, di imporre all’interprete un determinato significato normativo della disposizione interpretata»⁹². Il fenomeno di questo tipo di leggi è in generale sempre più frequente nel nostro ordinamento che sta vivendo ormai da un pò di tempo un periodo di “inflazione legislativa”, e in particolare ha trovato ampio spazio nell’ambito del diritto tributario dove ha destato preoccupazione l’atteggiamento della Corte sotto due profili.

In un primo senso si è evidenziato come essa, da un lato, abbia tratto dalla esistenza di divergenze interpretative, sulla cui asserita fisiologia si potrebbe discutere, l’impossibilità che si formi alcun affidamento in capo ai contribuenti che quindi si ritroverebbero in balia di una normale condizione di incertezza che non lascerebbe alcuno spazio alla tutela di un affidamento legittimo, e dall’altro abbia aperto alla possibilità di un’interpretazione autentica anche in presenza di indirizzi interpretativi omogenei⁹³. In secondo luogo, è apparso quasi lampante come «a parte le formule stereotipate che decantano l’importanza del principio dell’affidamento e della certezza del diritto come principi di civiltà giuridica, in realtà ci sia uno spazio estremamente ridotto per la tutela di tali situazioni, legato

⁹¹ P. CARNEVALE., *Più ombre che luci* cit., p. 3670.

⁹² Corte cost. 3 marzo 1988, n. 233. Cfr. anche Corte cost. nn. 155/1990, 246/1992.

⁹³ Così M. VILLANI, *Principio dell’affidamento: tra normativa tributaria e normativa comunitaria*, in www.altalex.it, 2009.

al labile filo della ragionevolezza, a volte utilizzata in modo palesemente lato per non tacciare di incostituzionalità norme che sono utili alle casse dello Stato»⁹⁴.

Effettivamente, non è così lato il dubbio che il collegamento tra i due principi, di affidamento e ragionevolezza, invece di accrescere l'autonomia dell'affidamento, finisca per produrre l'effetto opposto per cui esso si andrebbe a confondere con la ragionevolezza.

Si pensa allora, che la vera essenza del principio in esame sia espressa da quell'affermazione della Corte che, questa sì, è una costante nella sua giurisprudenza, e che lega indissolubilmente l'affidamento allo Stato di diritto. Sulla base dell'intuizione per cui «l'affidamento evoca l'idea di affidabilità» con ciò volendosi dire che esso «affiora e si afferma presupponendo una relazione governanti-governati permeata da una logica di stampo fiduciario, la quale è possibile immaginare soltanto a partire dall'esperienza» di quel tipo di Stato, si ritiene che siano assolutamente condivisibili gli sforzi di riferirsi, quando si parla di affidamento, al fondamentale e fondativo principio democratico⁹⁵.

La rappresentazione dell'affidamento come elemento essenziale, fondamentale, indispensabile dello Stato di diritto fa propendere «verso quell'indicazione del fondamento ultimo del principio di tutela del legittimo affidamento nella matrice illuministica di stampo contrattualista su cui si erige lo Stato, inteso come il risultato di un patto fondativo tra i cittadini che lo hanno creato quale strumento di garanzia della reciproca sicurezza»⁹⁶. Anche in ragione della giurisprudenza costituzionale pare ormai difficile negare che «la tutela dell'affidamento è un'esigenza connaturata al nostro sistema giuridico in quanto imposta dalle norme costituzionali sulle libertà e sulla dignità della persona umana» laddove nelle democrazie pluralistiche come la nostra la libertà individuale intesa in senso positivo cioè come autodeterminazione dell'individuo

⁹⁴ Così M. VILLANI, *Principio dell'affidamento: tra normativa tributaria e normativa comunitaria*, in www.altalex.it, 2009.

⁹⁵ Cfr. P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, vol. III, Napoli, 2012, p. 1936 ss.

⁹⁶ Ivi, p. 1961.

costituisce il valore fondamentale più importante alla luce del quale verificare la legittimità dei c.d. poteri costituiti⁹⁷.

In questo senso, il radicamento dell'affidamento nel principio democratico conferma l'idea per cui esso non si pone come «un ostacolo al se del mutamento» ma si erge a ineludibile imperativo del suo come⁹⁸, per cui da ultimo intreccia inestricabilmente il tema dei processi produttivi del diritto e più in generale le dinamiche della normazione, confermandosi ulteriormente il suo carattere trasversale e sistemico⁹⁹.

3.2 La incerta e dubbia evoluzione delle tecniche di tutela

L'aggancio al principio di ragionevolezza, se ha posto un argine, più o meno pacifico, alla questione del fondamento costituzionale dell'affidamento, ha, allo stesso tempo, sollevato problemi per quanto riguarda l'effettività della tutela.

Questa soluzione interpretativa comporta, infatti, che il giudizio di costituzionalità per lesione dell'affidamento si risolva essenzialmente in un giudizio sulla ragionevolezza dell'intervento normativo successivo. Ciò significa che sì, il principio di affidamento «si erge a baluardo contro gli interventi legislativi irragionevolmente incidenti nel passato», un baluardo che però non è insormontabile come dimostra la giurisprudenza della Corte che ha sempre ammesso leggi retroattive laddove si riscontrino ragioni per giustificarle¹⁰⁰. La portata dell'affidamento viene quindi relativizzata poiché questo pare costruito come «limite generale, ma non assoluto, alla retroattività delle leggi e, quindi, potenzialmente cedevole rispetto ad altre esigenze inderogabili» che finiscono per

⁹⁷ E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano, 2001, p. 91.

⁹⁸ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., p. 2096.

⁹⁹ Cfr. A. RUGGERI, *La certezza del diritto* cit., p. 6 che getta luce sul fatto che «Ciò che, ad ogni buon conto, fa a pugni con l'affidamento ed irrimediabilmente lo pregiudica è la consapevolezza, non di rado alimentata e rafforzata dalle pratiche di normazione, delle strutturali carenze da esse esibite, una volta che ab initio deliberatamente si privino della capacità di durare indefinitamente nel tempo, lasciando piuttosto chiaramente intendere di voler valere solo per un arco temporale ristretto».

¹⁰⁰ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., p. 2090.

prevalere¹⁰¹. In questo senso, il «principio regolato dall'art. 3 Cost. sembra avere un doppio ruolo rispetto al legittimo affidamento: ne è l'origine o, meglio, lo strumento di identificazione costituzionale, ma può esserne anche il limite, se è vero che una disposizione ragionevolmente motivata può essere legittima anche sacrificando l'affidamento del privato»¹⁰². In sostanza, la tecnica di tutela adottata, e quasi sempre confermata, dalla Corte costituzionale è quella del bilanciamento e della ponderazione di interessi che, si sa, è una tecnica di tutela di tipo indiretto per cui la sua effettività non è garantita ma eventuale. Di tal che si potrebbe dubitare della sua idoneità a fornire protezione ad un interesse di cui si è cercato di mettere in luce la portata sistemica e fondamentale per l'ordinamento.

La precarietà della tutela è legata anche ad un altro fattore di incertezza che è presente in maniera quasi costante nella giurisprudenza della Corte e che è rappresentato da quel «livello di consolidamento elevato» richiesto dai giudici in riferimento alle aspettative del cittadino affinché l'affidamento assurga a valore costituzionalmente protetto¹⁰³. Un assetto così configurato, che introduce, cioè, un fattore temporale, produce incertezza nel momento in cui alla domanda su quando possa ritenersi concluso un tale processo di “solidificazione” non corrisponde una risposta certa e univoca, col risultato ultimo di un inevitabile sindacato “caso per caso” in cui è alto il rischio di un eccesso di discrezionalità¹⁰⁴.

A fronte di questo quadro iniziale, per il vero non molto rassicurante, la Corte interviene con una decisione che ha il pregio di allargare le maglie della tutela del legittimo affidamento dando rilievo non più e non solo alla

¹⁰¹ F. PAGANO, *Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore (osservazioni a margine di Corte costituzionale n. 108 del 2016)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017.

¹⁰² S. FAGA, *Alla ricerca della natura del legittimo affidamento: un gioco di trasparenze*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 ss.

¹⁰³ Cfr. Sentenze Corte costituzionale nn. 390/1995 e 166/2012.

¹⁰⁴ P. CARNEVALE, *Legge di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del «tributo» pagato dal legislatore-interprete «in materia tributaria» al principio di salvaguardia dell'interpretazione «plausibile»*, in *Giur. it.*, 2001, p. 12 ss. La Corte, ad esempio, ragionando in negativo e sulla base dell'analisi del diritto vivente, ha affermato che nei casi in cui non vi sia una interpretazione della norma pacifica e consolidata non è possibile il configurarsi di un affidamento costituzionalmente rilevante. Sul punto vd. A. NICO, *La Corte costituzionale tra affidamento e ius superveniens*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2248 ss.

qualificazione tecnica di una legge come retroattiva ma agli effetti retroattivi che certe leggi possono produrre.

In particolare, nella sentenza n. 525/2000 si fa questione, dichiarandone poi la illegittimità costituzionale, di una legge in ambito tributario appartenente alla categoria delle sopra menzionate leggi di interpretazione autentica, che in ragione di questa assimilazione finisce per ricoprire una valenza meramente descrittiva. Non solo. La significatività di questa pronuncia risiede anche nel fatto che nel caso di specie nemmeno si giunge alla fase della ponderazione riscontrandosi l'assenza di uno dei due poli del confronto, cioè l'interesse antagonista dell'affidamento, per cui il contrasto tra l'interpretazione retroattiva e l'affidamento viene rilevato in via diretta e non mediata (attraverso cioè un giudizio sulla ragionevolezza) e l'intervento del legislatore si configura come del tutto irrazionale¹⁰⁵.

Riacquista, invece, vigore lo scrutinio di ragionevolezza con la sentenza n. 446/2002 con cui la Corte detta dei canoni più rigorosi e precisi attraverso cui condurre la valutazione circa la lesione dell'affidamento. Quest'ultima si configura quando la modificazione peggiorativa presenta queste tre condizioni: ha natura retroattiva, elemento che diventa quindi assolutamente necessario e non più solo possibile; non è giustificata da un'esigenza inderogabile; presenti un grado di offensività delle posizioni individuali ragionevole, laddove la presenza di questo terzo indice renderebbe il secondo una condizione necessaria ma non più sufficiente a giustificare il sacrificio dell'affidamento del cittadino¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Nello specifico afferma la Corte che «La volontà di chiarire il senso dell'anzidetto art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992 e le eventuali, pur legittime, considerazioni di convenienza del legislatore non avrebbero, quindi, dovuto portare a dichiarare applicabile anche per il passato la nuova disciplina delle notifiche delle sentenze tributarie, poiché in questo modo è stato frustrato l'affidamento dei soggetti nella possibilità di operare sulla base delle condizioni normative presenti nell'ordinamento in un dato periodo storico, senza che vi fosse una ragionevole necessità di sacrificare tale affidamento nel bilanciamento con altri interessi costituzionali (cfr. la sentenza n. 211 del 1997) punto 3 del considerato in diritto.

¹⁰⁶ Così F. SORRENTINO, *Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 895 ss., e anche P. MAURIELLO, *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giur. it.*, 2003, p. 5 ss., che evidenzia «anche nel caso sussista una necessità accompagnata dalla suddetta inderogabilità non si è, per ciò solo, nella condizione di escludere i dubbi di legittimità in tema di affidamento: infatti, mentre in caso di assenza della "esigenza inderogabile" la compressione delle legittime aspettative dei consociati è in *re ipsa*, all'opposto la sua presenza non è tale da far valutare come ragionevole la *reformatio in peius*».

Ma è con la sentenza n. 24/2009 che l'affidamento sembra raggiungere un picco nel riconoscimento della sua autonomia. Esso, infatti, non solo soppianta totalmente l'altro e più specifico parametro costituzionale attraverso il quale era ben possibile dichiarare l'incostituzionalità della legge in questione, ma soprattutto la Corte annovera inequivocabilmente l'affidamento tra i principi generali, al pari del principio di certezza del diritto, inducendo peraltro a interrogarsi sulle ripercussioni di questo riconoscimento sul teorizzato legame con l'art. 3 Cost¹⁰⁷.

Già a questo punto, un dato appare incontrovertibile: la giurisprudenza costituzionale sull'affidamento risulta fortemente altalenante, come dimostra anche il fatto che a breve distanza di tempo (sentenza n. 124/2010) la Corte sembra agire in direzione opposta quando afferma espressamente che il legittimo affidamento trova copertura costituzionale ma non «in termini assoluti e inderogabili» in quanto «da un lato, la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio dev'essere consolidata, dall'altro, l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato». Di nuovo si rafforza la controversa idea del consolidamento e in più si aggiunge espressamente il requisito di proporzionalità. Se per alcuni quest'ultimo complica il quadro del giudizio di costituzionalità dovendosi intendere come qualcosa di altro dalla ragionevolezza¹⁰⁸, per altri un bilanciamento guidato dal principio di proporzionalità è l'unico vero baluardo che consente all'affidamento di raggiungere la sua autonomia concettuale e insieme la sua più effettiva protezione, laddove, sostanzandosi in un vero e proprio test vertente su tre specifici profili (idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto), consente di addivenire ad

¹⁰⁷ S. FAGA, *Alla ricerca della natura* cit., p. 4.

¹⁰⁸ Quanto al primo profilo si veda l'aspra critica di A. PACE, *Il fondamento del legittimo affidamento non sta nella ragionevolezza intrinseca della lex posterior sibbene negli autovincoli della lex anterior*, in *Giur. cost.*, n. 5/2012, p. 3734 ss., secondo cui la prima delle due premesse è «concettualmente errata» in quanto «è manifestamente errato affermare – quando l'assetto regolatorio derivi da una legge, e non da un coacervo di atti legislativi, regolamentari e contratti collettivi – che la fiducia nella permanenza nel tempo della *lex anterior* debba essere consolidata. Un'affermazione siffatta evoca un contesto ordinamentale d'altri tempi, quando la vigenza delle *Chartae libertatum* e delle consuetudini aveva bisogno di periodiche conferme. Per contro, a partire dallo statuto albertino nel nostro ordinamento costituzionale la legge è efficace dal momento della sua pubblicazione fino a quando non venga abrogata da un'altra legge.

un esito in cui i caratteri della incertezza e imprevedibilità, propri dei casi in cui si faccia applicazione della ragionevolezza, sono molto attenuati¹⁰⁹.

Sono, infine, di grande interesse le più recenti sentenze n. 108/2016 e n. 108/2019.

Da un lato, nella prima pronuncia la Corte si affaccia ad una concezione totalmente opposta del fattore temporale proprio in riferimento a quell'idea di sedimentazione dell'affidamento. Se fino a questo momento il passare del tempo era sempre stato considerato direttamente proporzionale al consolidamento dell'affidamento, ora questa prospettiva appare rovesciata¹¹⁰: nel caso di specie la brevità del lasso temporale (quattro mesi) con cui è intervenuta la modifica normativa peggiorativa è indice della lesione dell'affidamento in quanto nessuno potrebbe ragionevolmente preventivare un cambio di normazione repentino¹¹¹.

Dall'altro, entrambe rilevano in quanto la Corte pare effettuare una catalogazione di "figure sintomatiche" in relazione alle quali valutare la lesione del principio in esame.

In particolare, nell'un caso i giudici della Consulta rinvencono nella natura incentivante della norma anteriore un primo indice di meritevolezza di tutela dell'affidamento in ragione del fatto che «il privato abbia scelto di intraprendere una determinata attività, magari gravosa o comunque sgradita, esclusivamente su impulso del legislatore e per il sol fatto di confidare sull'incentivo promesso da quest'ultimo renderebbe la posizione di affidamento particolarmente qualificata, nonché rafforzata dall'esistenza del predetto nesso di causalità»¹¹². In questi casi, cioè quelli in cui «l'intervento incentivante del potere pubblico è mirato proprio a creare per i privati le condizioni di economicità per un'attività che altrimenti

¹⁰⁹ In questo senso D. U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria*: cit., p. 1899 ss.

¹¹⁰ F. FERRARI, *Variazioni sul parametro del legittimo affidamento (in tempi di crisi economica): spunti ricostruttivi a partire da Corte cost. 108/2016*, in *Quaderni costituzionali*, 2016.

¹¹¹ Sul tema del fattore temporale in relazione al consolidamento della posizione del cittadino cfr. anche F. VARI, *La tutela dell'affidamento del privato nella sicurezza giuridica e la sent. n. 89 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, p. 1760 ss..

¹¹² F. PAGANO, *Disposizioni di natura incentivante* cit., p.8. Tuttavia nel caso di specie «la circostanza che l'incentivo non sia stato abrogato ma solo rimodulato, tra l'altro con modalità tese a salvaguardare gli investimenti dei fruitori dello stesso, ha indotto la Corte a far salva la disposizione oggetto dell'incidente di costituzionalità».

verosimilmente non sarebbe intrapresa» si creerebbe, secondo alcuni, una tale correlazione tra incentivo pubblico e svolgimento dell'attività del privato da assumere i caratteri di uno “scambio sinallagmatico” che non può non comportare la tutela dell'affidamento¹¹³.

Nell'altro è la caratterizzazione come eccezionale dell'istituto (vitalizio dei consiglieri regionali) su cui ha inciso la normativa successiva a far propendere verso, questa volta, l'esclusione della tutela dell'affidamento attraverso addirittura una pronuncia di non fondatezza della questione. La Corte costituzionale ha quindi fatta salva una disposizione normativa avente effetti retroattivi in senso proprio, incidente cioè su situazioni esauritesi, in quanto trattavasi di un istituto di favore eccentrico rispetto all'ordinamento tale da giustificare l'adozione di un atto legislativo produttivo di effetti altrettanto eccentrici e ordinariamente non ammissibili. Nel caso di specie la Corte ha dato preponderante rilievo al contesto, rappresentato sia dall'interesse al contenimento della spesa e dall'esigenza di attenuare il grado di differenziazione rispetto alla generalità dei cittadini, che dal pronto intervento del legislatore volto a eliminare quegli effetti distorsivi.

Sulla stessa linea si pone la pronuncia n. 240/2019 con cui risulta ormai chiaro che «il decorso del tempo non è l'unico elemento alla stregua del quale verificare il grado di consolidamento dell'affidamento» ben potendo rilevare allo stesso modo la natura eccezionale del trattamento differenziale e il succedersi di fatti e normative che progressivamente vadano ad erodere le posizioni di vantaggio vantate dai privati facendo ritenere immaginabili da ultimo interventi totalmente “demolitori” quali quello oggetto del giudizio di costituzionalità¹¹⁴. In sostanza, in entrambi i casi il legittimo affidamento risulta recessivo rispetto alle esigenze di contenimento della spesa pubblica e di eliminazione di trattamenti

¹¹³ Così V. ONIDA, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, in E. BRUTI LIBERATI – M. DE FOCATIIS – A. TRAVI (a cura di), *Il difficile mercato. Tutela dell'affidamento, regolazione del retail e repressione degli abusi nella disciplina dei settori energetici*, Atti degli ateliers di Aiden, 2016, p. 25.

¹¹⁴ F. PAGANO, *L'abrogazione di norme previdenziali di favore tra recessività del legittimo affidamento ed equità intergenerazionale (nota a Corte. cost. n. 240/2019)*, in *Oss. cost.*, n. 2/2020, p. 264 ss. che mette in risalto, secondo una prospettiva molto interessante, le implicazioni di questo orientamento della Corte in termini di solidarietà intergenerazionale, per cui sarebbe «proprio attraverso la lente del legame tra conservazione e innovazione alla luce dell'equità intergenerazionale che il giudice delle leggi sembra guardare, da ultimo, al principio del legittimo affidamento».

ingiustificatamente sperequativi (*id est* privilegi) che quindi finiscono per prevalere.

Alla luce di quanto sin qui detto appare evidente la mancanza di un certo grado di coerenza e linearità nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul principio di affidamento. Un atteggiamento che tradisce un'insicurezza delle intenzioni riguardo al suo pieno riconoscimento ma che contestualmente dà conto della complessità teorica e pratica che a tale principio inevitabilmente si accompagnano e che svela ancora una volta la sua straordinaria malleabilità che lo rende tutt'oggi il miglior interlocutore contestualmente delle esigenze di flessibilità e stabilità.

Anche in questo quadro un elemento di costanza è tuttavia possibile individuarlo: in disparte il susseguirsi di diversi criteri, la protezione dell'affidamento del cittadino di fronte al potere legislativo è comunque apprestata attraverso la tecnica del bilanciamento degli interessi. Ed effettivamente in questo ambito del diritto pubblico è difficile immaginare soluzioni diverse se non si vuole cadere nell'errore di assimilare totalmente, in punto di contenuti, il principio di affidamento con quello di certezza del diritto, tornando alla vecchia, e per altro incerta, teoria dei diritti quesiti, che, scontrandosi con la libertà del legislatore di porre in atto in qualunque tempo il proprio indirizzo politico, pare non rispondere più appunto alla attualità delle cose, laddove oggi la "cristallizzazione" delle posizioni cede necessariamente il passo alla dinamicità e flessibilità in conseguenza alla ormai naturale mutevolezza del quadro normativo dovuta alla sempre maggiore complessità degli ordinamenti e alla rete di valori che li fondano.

Quello che siamo qui a chiedersi è, però, se a questa stessa conclusione si può arrivare o meno con riferimento all'affidamento del cittadino nei confronti del potere amministrativo. A questa indagine sarà dedicata la successiva parte del lavoro.

3.3 Il primo riconoscimento positivo: lo Statuto dei diritti del contribuente

Tratto distintivo dell'affidamento del cittadino di fronte ai pubblici poteri è la mancanza di corrispondenza tra i "proclami" dottrinari e giurisprudenziali e il diritto positivo. Emblematica in questo senso la sua espunzione dal novero dei principi che regolano l'attività amministrativa come inizialmente elencati dal d.d.l. S. 1281 del 2002, XIV legislatura, recante "Modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa"¹¹⁵.

Solo allo scoccare del nuovo millennio il legislatore ha voluto dare dignità positiva a tale concetto attraverso la l. 27 luglio 2000, n. 212 ("Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente") il cui art. 10 è rubricato "Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente"¹¹⁶. Ad essa oggi si aggiunge il nuovo comma 3bis dell'art. 1 di recentissima codificazione, che, tra gli altri, introduce espressamente tra i principi generali cui si devono attenere tutte le amministrazioni, statali e territoriali, quello di tutela dell'affidamento¹¹⁷. Tale novella fa parte di una riforma fiscale mossa primariamente proprio dall'intento di valorizzazione del principio del legittimo affidamento del contribuente e quello di certezza del diritto, quale diretta conseguenza della necessità di allineare il diritto tributario nazionale con quello sovranazionale, tenendo debitamente conto dell'evoluzione giurisprudenziale più recente¹¹⁸.

La norma di cui all'art. 10 nasce come argine al frequente fenomeno del susseguirsi di atti interpretativi dell'amministrazione, con specifico riferimento al caso in cui essa muta il suo orientamento passando da una posizione favorevole al

¹¹⁵ L'art. 1, co. 1, del d.d.l. stabiliva: «All'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il comma 1 è sostituito dal seguente: "1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficacia, efficienza, economicità e pubblicità e dai principi dell'ordinamento comunitario", mentre, come si sa, il testo finale, adottato con l. n. 15/2005, ha semplicemente previsto che "All'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, le parole: "e di pubblicità" sono sostituite dalle seguenti: ", di pubblicità e di trasparenza" e sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: ", nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

¹¹⁶ Per un approfondimento sulla genesi e la portata delle novità di questo testo normativo vd. F. D'AYALA VALVA, *Il principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente. Il ruolo dello Statuto*, in *Riv. Dir. trib.*, fasc. 10, 2001, p. 915 ss.

¹¹⁷ Comma inserito dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 3), D.Lgs. 30 dicembre 2023, n. 219.

¹¹⁸ Cfr. Art. 4, co. 1, lett. c) della legge delega n. 9 agosto 2023, n. 111.

cittadino ma *contra legem* ad una interpretazione *in peius*, cui consegua un atto impositivo con efficacia retroattiva.

Il modo in cui rileva, e quindi viene tutelato, l'affidamento nel rapporto con l'amministrazione finanziaria è dato dalla sua configurazione quale "scusante" dell'errore del cittadino che abbia fatto affidamento su atti dell'amministrazione, successivamente modificati. Nello specifico, ai sensi del comma 2, la legge statuisce che «Non sono irrogate sanzioni, né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima (...)»¹¹⁹.

La questione interpretativa che maggiormente si è scatenata intorno a questa disposizione riguarda l'estensione della inesigibilità anche al tributo nell'ottica volta a realizzare la più piena tutela dell'affidamento, laddove quella espressamente prevista dal legislatore, siccome limitata alle sanzioni e agli interessi moratori, parrebbe meramente parziale. Sulla stessa, senza poter in questa sede entrare nel dettaglio, si è espressa anche la giurisprudenza della Cassazione che, per l'appunto, dopo un primo orientamento che pareva consolidato si è resa protagonista di un mutamento ermeneutico col quale ha da ultimo escluso che la tutela dell'affidamento si estenda fino all'inesigibilità del tributo¹²⁰. Una tesi che, peraltro, sembra trovare riscontro nel recentissimo intervento normativo con cui il legislatore espressamente limita tale inesigibilità ai tributi unionali. Nello specifico, l'ultima parte del co. 2, dell'art. 10 dello Statuto del contribuente afferma che «Limitatamente ai tributi unionali, non sono altresì dovuti i tributi nel caso in cui gli orientamenti interpretativi dell'amministrazione finanziaria, conformi alla giurisprudenza unionale ovvero ad atti delle istituzioni unionali e che hanno indotto un legittimo affidamento nel contribuente, vengono

¹¹⁹ La seconda parte del comma contempla una fattispecie diversa, avente ad oggetto non atti ma fatti conseguenti ad un comportamento dell'ammissione finanziaria, omissivo o commissivo, ma avente lo stesso effetto giuridico consistente nell'indurre il contribuente all'errore.

¹²⁰ Per quanto riguarda il primo orientamento vd. Cass., sez. trib., nn. 17576/2002, 7080/2004, 21513/2006, 18218/2007, 10982/2009. Per il secondo si veda invece Cass., sez. Trib., nn. 19479/2009, 21070/2011, 15224/2012.

successivamente modificati per effetto di un mutamento della predetta giurisprudenza o dei predetti atti»¹²¹.

Tuttavia, ai fini del discorso che si sta tentando di costruire, l'aspetto che qui si ritiene di dover mettere in risalto è un altro. La vera cifra di questo testo normativo si individua nel rafforzamento in senso pubblicistico dell'affidamento. E ciò nonostante l'enunciazione del comma 1 dell'art. 10 ai sensi del quale «I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede», che potrebbe a prima vista indurre ad un'interpretazione del testo normativo in esame basata sulla contaminazione col diritto privato¹²². È, infatti, la peculiare posizione del soggetto pubblico, la cui strumentalità alla soddisfazione di fini pubblici in pochi altri campi del diritto è così evidente come nel rapporto tributario, che determina l'esigenza di un espresso riconoscimento dell'affidamento del cittadino e della sua tutela. È, cioè, l'autorevolezza della fonte che ha emanato l'atto o fornito l'interpretazione, quale organo destinatario delle norme tributarie e, quindi, la sua istituzionale collocazione nell'ordinamento, che costituiscono le ragioni del fondamento della tutela del contribuente¹²³. Tale caratterizzazione dell'amministrazione finanziaria quale fonte naturale di affidamento in ragione del suo ruolo istituzionale parrebbe oggi essere confermata non solo dall'originario istituto dell'interpello (art. 11), seppur oggetto di razionalizzazione e riduzione da parte della riforma, ma anche e soprattutto dal nuovo istituto di "Consulenza giuridica" disciplinato dal neo-introdotto art. 10 *octies* ai sensi del quale «L'amministrazione finanziaria offre, su richiesta, consulenza giuridica alle associazioni sindacali e di categoria, agli ordini professionali, agli enti pubblici o privati, alle regioni e agli enti locali, nonché alle amministrazioni dello Stato per

¹²¹ Modifica introdotta dall'articolo 1, comma 1, lettera l), del D.Lgs. 30 dicembre 2023, n. 219.

¹²² Su questo tema cfr. A. CICERO, *Riflessi civilistici della violazione di norme tributarie*, in *Riv. Not.*, n./2, 2020, p. 378 ss.

¹²³ M. LOGOZZO, *Legittimo affidamento e buona fede nei rapporti tra contribuente e amministrazione*, Università LUISS Guido Carli di Roma, 19 dicembre 2012. Cfr. anche G. FALSITTA, *Rilevanza delle circolari "interpretative" e tutela giurisdizionale del contribuente*, in *Rass. trib.*, 1998, p. 1 ss.

fornire chiarimenti interpretativi di disposizioni tributarie su casi di rilevanza generale che non riguardano singoli contribuenti»¹²⁴.

Lo specifico tipo di rapporto di cui trattasi, dove la non paritarietà delle posizioni è elemento strutturalmente caratterizzante, consente di affermare che la tutela dell'affidamento, pur dovendo essere sempre assicurata, va garantita a maggior ragione a protezione della parte più debole¹²⁵.

Ora, queste considerazioni potrebbero indurre nell'errore di soffermarsi sulle specificità del rapporto tributario, che pur non si negano, fino a ritenerlo un rapporto *sui generis*. Ma così non è: il rapporto tributario è e rimane in tutto e per tutto un rapporto amministrativo. Anzi, esso ne rappresenta forse il principale emblema. Tutto questo per dire che, se nel campo del diritto tributario la non paritarietà dei soggetti tra cui si instaura il rapporto giuridico è particolarmente evidente, in ogni altro rapporto in cui vi è un'amministrazione che esercita un potere, quella non paritarietà, nondimeno, è cosa naturale e intrinseca allo stesso. Ed è per questo che, oltre a ribadire che esso costituisce uno dei fondamenti dello Stato di diritto, la Corte di cassazione, dando la miglior prova della potenza, efficacia e utilità di ciò che davvero è "sintesi", afferma che «il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino, (...) è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico»¹²⁶.

Ecco che, ed è in ciò che va individuato il più significativo apporto dello Statuto dei diritti del contribuente, questo onere istituzionale intrinseco

¹²⁴ Per approfondimenti su questi istituti si rimanda a A. VIOTTO, *Tutela dell'affidamento, consulenza giuridica e interpello*, in *Riv. dir. trib.*, n. 6/2017, p. 689 ss.

¹²⁵ A. COLLI VIGNARELLI, *Considerazioni sulla tutela dell'affidamento e della buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 6/ 2001, p. 669 ss.

¹²⁶ E, prosegue la Corte, «quindi anche in quelli tributari – costituisce un preciso limite all'esercizio sia dell'attività legislativa, sia dell'attività amministrativa, e tributaria in particolare». I giudici di merito considerano la tutela del legittimo affidamento del contribuente un "mero svolgimento" del principio di buona fede, individuandone i presupposti in: "1) - un'attività dell'Amministrazione finanziaria idonea a determinare una situazione di "apparenti" legittimità e coerenza dell'attività stessa in senso favorevole al contribuente; 2) - la conformazione "in buona fede" (in senso soggettivo) - l'"affidamento", appunto - da parte di quest'ultimo alla situazione giuridica "apparente", purché nel contesto di una condotta dello stesso ("buona fede" in senso oggettivo) - anteriore, contemporanea e successiva all'attività dell'amministrazione - connotata dall'assenza di qualsiasi violazione del generale dovere di correttezza gravante sul medesimo (affidamento "legittimo"); 3) - l'eventuale presenza di circostanze specifiche del caso concreto e "rilevanti", idonee, cioè, a costituire altrettanti "indici" della sussistenza o dell'insussistenza dei predetti presupposti». (Cass. sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17576)

all'amministrazione si traduce, e non può che tradursi, in vera e propria responsabilità. Come è stato sottolineato, infatti, «la responsabilità, giungendo fino a quel particolare atteggiamento che si dice *autoresponsabilità*, coincide interamente con l'affidamento e fa ad esso da piedistallo, così che i due termini: responsabilità e affidamento, si presentano come equipollenti dell'elemento costitutivo della fattispecie, normalmente necessario»¹²⁷. Nello specifico «l'indicazione, l'atto, il provvedimento, i ritardi, le omissioni sui quali il contribuente abbia riposto affidamento, per la loro diversa natura e per il diverso impegno impositivo, costituiranno titolo costitutivo per la responsabilità dell'amministrazione»¹²⁸.

È così che si è iniziato a ritenere alcune vicende idonee a comportare la risarcibilità del danno subito dal contribuente in conseguenza del *revirement* dell'amministrazione finanziaria. Esse si configurerebbero, infatti, come ipotesi di responsabilità aquiliana laddove «l'aver fornito informazioni inesatte, nell'esercizio di una funzione che rappresenta uno specifico dovere amministrativo e che suscita indiscutibilmente nei cittadini un ragionevole affidamento in merito all'attendibilità delle informazioni stesse, costituisce fatto illecito» e può rilevare come fatto colposo ai sensi dell'art. 2043 c.c., con la precisazione che il danno deve essere diretta conseguenza dell'attività amministrativa e deve consistere in un pregiudizio patrimoniale diverso dal semplice pagamento dell'imposta (dovuta)¹²⁹.

Da tutto quanto sopra detto si evince che tutte o quasi le disposizioni contenute in questo testo normativo rivelano un filo conduttore, un obiettivo comune, che si ritiene essere proprio quello del tentativo di “responsabilizzazione” dell'amministrazione finanziaria da parte del legislatore in ragione dell'autorevolezza del ruolo da essa svolto. Su tutte spicca in questo senso

¹²⁷ A. COLLI VIGNARELLI, *Considerazioni sulla tutela dell'affidamento e della buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente*, in Riv. Dir. Trib., n. 6/ 2001, p. 669 ss.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Così A. TURCHI, *La tutela dell'affidamento del contribuente a fronte dei mutamenti interpretativi della finanza*, in Riv. Dir. trib., n. 9/2003, p. 769 ss. Scettico è, invece, E. DELLA VALLE, *L'affidamento nella certezza del diritto tributario (studi preliminari)*, Roma, 1996, p. 175 secondo cui la oggettiva incertezza del diritto tributario, che si riflette sulla sua interpretazione, osterebbe all'imputabilità soggettiva, nella forma della colpa, del danno all'Amministrazione.

l'art. 5 che, prevedendo in capo all'amministrazione sostanziali doveri di informazione verso il contribuente, sembra idoneo ad attribuire alle circolari interpretative quella dibattuta rilevanza esterna idonea a rafforzare la tutela dell'affidamento dello stesso e che parrebbe suffragata dalla summenzionata riforma laddove non solo introduce uno specifico articolo ad esse dedicato (art. 10septies) ma individua negli utenti i primi destinatari delle informazioni, necessarie per la corretta attuazione delle disposizioni tributarie, che hanno il fine di fornire^{130 131}.

4. Affidamento e potere amministrativo: per un primo inquadramento alla luce dell'impostazione tradizionale

4.1 L'inesauribilità del potere amministrativo

Come noto, nel diritto amministrativo l'affidamento viene in rilievo, già agli inizi del secolo scorso, in riferimento all'annullamento d'ufficio e alla revoca, strumenti che consentono alla pubblica amministrazione di riesaminare spontaneamente precedenti provvedimenti intervenendo unilateralmente sulla loro efficacia. In particolare, l'uno incide sul provvedimento di primo grado per motivi

¹³⁰ Vd. Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante modifiche allo statuto dei diritti del contribuente - Atto del Governo n. 97, disponibile in www.camera.it.

¹³¹ Cfr. G. FALSITTA, *Rilevanza delle circolari "interpretative" e tutela giurisdizionale del contribuente*, in *Rass. trib.*, 1998, p. 1 ss., che, pur negando l'efficacia vincolante alle circolari interpretative, afferma che «tutto ciò non va inteso nel senso che il contribuente resti irrimediabilmente esposto ai comportamenti sleali e scorretti o, peggio, ai veri e propri raggiri dell'Amministrazione finanziaria e dei suoi funzionari e debba fatalisticamente rassegnarsi a doverne subire le conseguenze, senza poter contare su alcuna forma di tutela. La tutela che l'ordinamento accorda non consiste, non può consistere nel principio della vincolatività *erga omnes* delle interpretazioni adottate dall'Amministrazione fino alla data della loro formale abrogazione se favorevoli ai contribuenti, ma in strumenti diversi e di vario genere che spaziano dal principio di risarcibilità dei provocati da fatto ingiusto alla invalidità o revocabilità degli atti posti in essere dal contribuente a causa dell'errore in cui l'ha indotto la P.A.».

di legittimità facendone cessare l'efficacia *ex tunc*, l'altro per motivi di opportunità facendone cessare l'efficacia *ex nunc*.

In assenza di base normativa, sono diverse le ipotesi che si sono avanzate per individuare il fondamento di siffatti poteri¹³²: dalla loro configurazione come poteri di amministrazione attiva in quanto riesercizio del potere che ha dato origine al primo atto, per cui la norma attributiva è la stessa per entrambi¹³³; alla teorizzazione di atti di c.d. autoimpugnativa quale risultato di un'attività di controllo logicamente derivante dalla riconosciuta esecutorietà degli atti amministrativi¹³⁴; fino ad arrivare a quella che pare aver prevalso e che si rifà al concetto di autotutela.

Per molto tempo si è, infatti, fatto riferimento alla ricostruzione che deriva i poteri di riesame, e quindi la facoltà riconosciuta all'amministrazione di tornare un numero potenzialmente infinito di volte sui suoi atti, dal risalente dogma della c.d. inesauribilità del potere amministrativo per cui il potere non si esaurisce e non si consuma con l'emanazione dell'atto ma sopravvive ad esso, potendo essere riesercitato in momenti successivi. Come si ricava da un recente studio monografico sul tema, le principali teorizzazioni sul fondamento giuridico dell'inesauribilità del potere sono quelle elaborate da Romano e Cannada-Bartoli¹³⁵. Entrambi deducono tale carattere dalla concezione unitaria del potere per cui esso non si risolve in tanti poteri diversi e distinti quanti i casi in cui si esplica e si fa valere, ma rimane sempre il medesimo. Tuttavia nel pensiero del primo Autore, l'inesauribilità deriverebbe dalla sua astrattezza e quindi estraneità rispetto ai rapporti giuridici, per cui il potere sovrasta i singoli rapporti e, nelle

¹³² Cfr. RAGNISCO, *Revoca ed annullamento di atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1907, III, p. 280 ss.

¹³³ In questo senso si è espresso di recente anche il supremo organo di giustizia amministrativa: «l'atto di autotutela non è, quindi, espressivo di un potere distinto ed autonomo rispetto a quello esercitato attraverso l'adozione dell'atto oggetto di ritiro ma è piuttosto frutto di quest'ultimo, in quanto comprensivo della facoltà dell'amministrazione di rivedere il proprio operato al fine di verificarne la corrispondenza al regime legale e all'interesse pubblico» (Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2018, n. 1959).

¹³⁴ In questo senso vd. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli amministrativi invalidi*, Firenze, 1939; V. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.

¹³⁵ M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, p. 133 ss.

infinite accidentalità del suo esercizio, non si frantuma in tante situazioni giuridiche soggettive sopravvivendo ad esse. Nel secondo, tale carattere è legato all'immagine del potere come energia giuridica e cioè in considerazione della dinamicità quale carattere del potere, necessario per la realizzazione delle possibilità di agire insite nel diritto soggettivo per l'adempimento dei doveri, distinto dalla capacità che è invece statica e ricettiva delle determinazioni dell'ordinamento.

Al di là dei dubbi sulla tenuta concettuale di tali posizioni, la teorica dell'inesauribilità trova unanimemente la propria collocazione storica in quella «concezione sbilanciata dei rapporti pubblicistici, di derivazione ottocentesca» che riflette «l'immagine assorbente della statualità» elaborata dalla giuspubblicistica tedesca e caratterizzata dalla centralità riconosciuta all'interesse pubblico¹³⁶.

Si è sottolineato come il concetto in esame, legato inizialmente ad una teorizzazione della pubblica amministrazione come soggetto posto in una posizione di superiorità, non abbia traballato a seguito del nuovo quadro costituzionale in quanto riconducibile alla logica dell'amministrare per fini pubblici che porta con sé l'idea della necessità di strumenti che consentano all'amministrazione di adeguare costantemente la sua attività all'interesse pubblico¹³⁷. Sennonché, si è ammonito, «è proprio dietro la 'necessità' di certi istituti che si sono annidate, e tuttora in parte si celano, le incrostazioni autoritarie del diritto pubblico»¹³⁸.

¹³⁶ G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, p. 20.

¹³⁷ Per esempi di riferimenti recenti al concetto di inesauribilità del potere si veda Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2003, n. 2865; Cons. St., sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719.

¹³⁸ M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, p. 189 ss. Cfr. anche il monito del Consiglio di Stato che, nel negare legittimazione alla tesi dell'interesse pubblico *in re ipsa* nel caso di annullamento di un titolo edilizio illegittimo, afferma che tale tesi «presenta rilevanti quanto evidenti aspetti di contiguità sistematica con la teorica dell'inconsumabilità del potere (o di quella che un risalente orientamento ebbe a definire 'la perennità della potestà amministrativa di annullare in via di autotutela gli atti invalidi' Cons. St., sez. II, n. 2917/1994). Ma è altresì evidente che quella teorica (predicabile senza riserve in periodi caratterizzati dalla prevalenza del momento autoritativo nei rapporti fra amministrazione e cittadino e dal sostanziale privilegio riconosciuto all'amministrazione in sede di esercizio dell'autotutela) debba essere almeno in parte rimediata nell'attuale fase di evoluzione di sistema, che postula una sempre maggiore attenzione al valore della certezza delle situazioni giuridiche e alla tendenziale attenuazione dei privilegi

Ma, come meglio si esplicherà in seguito, vi è un fondamentale elemento di rottura in questa apparente continuità che forse non ha avuto la degna considerazione nelle teorizzazioni contemporanee: il processo democratico, quale fenomeno in grado di attribuire all'interesse pubblico un significato nuovo e in linea con lo Stato di diritto. Certo, questo non significa comunque che ne risultano offuscate le ragioni della protezione del legittimo affidamento, essendo anzi l'individuazione del punto di equilibrio fra i due interessi contrapposti il nodo da sbrigliare. Come è stato acutamente sottolineato in dottrina, ciò che piuttosto pare imporsi è un «un ripensamento, in termini assai più generali ma strettamente giuridici (e non soltanto ideologici o politici), del concetto stesso di autorità, per verificare se tale concetto, al di fuori di ogni apriorismo e (ri)assunto nel suo significato classico, debba forse ancora considerarsi, in forza degli stessi principi costituzionali e anche dei principi generali del diritto positivo *sub-costituzionale* vigente, come connaturale non soltanto al concetto di pubblica amministrazione, ma anche all'idea stessa di democrazia, senza obliterare, al riguardo, che, se pure è vero che la sovranità appartiene al popolo e non allo Stato, è pur vero che il popolo la può esercitare soltanto «*nelle forme e nei limiti fissati dalla Costituzione*», ed è la stessa Carta fondamentale che configura la pubblica amministrazione, istituzionalmente inserita nel circuito democratico e sempre soggetta al pieno sindacato giurisdizionale, (anche) come strumento primario ed insostituibile per l'attuazione in concreto delle decisioni e delle scelte, per l'appunto «democratiche», assunte dal Parlamento e dal Governo: forse il rischio è che la crisi della «autorità» determini, a sua volta, una crisi della stessa democrazia, giacché — a ben vedere — anche quest'ultima, finché tale, rimane, pur sempre, una «crazia»»¹³⁹.

Come si sa, in seguito alla novella che ha introdotto gli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* nella legge sul procedimento amministrativo, il problema di stretta legalità connesso alla sussistenza di questi poteri è agevolmente superato. Secondo alcuni, invece, lo stesso non si potrebbe dire a proposito del fondamento

riconosciuti all'amministrazione, anche quando agisce con poteri squisitamente autoritativi e nel perseguimento di primarie finalità di interesse pubblico» (Cons. St., ad. pl., 11 ottobre 2017, n. 8).

¹³⁹ Così G. GRÜNER, *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2011, p. 273 ss.

giuridico che sarebbe comunque da individuarsi nella logica dell'inesauribilità, dovendosi anzi desumere dall'introduzione di una disciplina generale dei due istituti che il legislatore ha semplicemente preso atto di questo carattere del potere amministrativo, laddove, la previsione in via generalizzata confermerebbe l'unitarietà del potere esercitato con il primo e il secondo atto¹⁴⁰.

Si vedrà come la questione dell'inesauribilità del potere, riletta alla luce della attuale disciplina normativa, essa stessa espressione della cultura giuridica del nostro tempo, si atteggia in modo diverso in riferimento all'uno o all'altro istituto.

Di fronte alla possibilità che gli effetti di determinati provvedimenti favorevoli possano venire meno per mano dell'amministrazione stessa si pone un problema di salvaguardia delle posizioni soggettive dei soggetti destinatari che su di essi abbiano legittimamente fatto affidamento. In modo sintetico ed efficace si è, quindi, sottolineato come la stabilità del provvedimento e i suddetti poteri dell'amministrazione «configurano uno dei tradizionali problemi antinomici del diritto amministrativo, che va a sfociare nel mai acquietabile dibattito sul giusto equilibrio e sulla dialettica autorità-libertà»¹⁴¹.

Non a caso la storia dell'affidamento nel diritto amministrativo è la storia dei limiti o contrappesi che via via sono stati apposti all'esercizio dei poteri in principio richiamati, di cui è risultato l'attuale disciplina positiva che ha indotto a mettere in discussione il carattere dell'inesauribilità del potere, la cui portata pare quantomeno necessariamente relativizzata.

In particolare, fra i due istituti summenzionati quello più attenzionato è sempre stato l'annullamento d'ufficio, data la tensione che si crea tra il principio di legalità e il legittimo affidamento sorto sul provvedimento di primo grado

¹⁴⁰ In questo senso M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, p. 27, che individua una «correlazione dell'inesauribilità con il carattere funzionale del potere, ovvero la strutturale attitudine ad essere esercitato nell'interesse di soggetti diversi dal suo titolare» il che comporterebbe un "risvolto garantistico". In senso contrario invece F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., che rileva «L'affermazione, abbastanza diffusa, che annullando l'atto si esercita lo stesso potere esercitato con l'atto annullato è infatti una petizione di principio, poiché porre in essere in un atto e invalidarlo sono due operazioni giuridiche qualitativamente diverse e di conseguenza realizzabili sulla base di due poteri diversi».

¹⁴¹ C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, p. 12.

illegittimo. La giurisprudenza prima e il legislatore poi, hanno individuato nell'interesse pubblico e nel fattore tempo le condizioni per un esercizio legittimo del potere di annullare d'ufficio propri atti. La necessità che sussista un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento, oltre all'interesse primario del ripristino della legalità, e che lo stesso avvenga entro un tempo ragionevole, sono i limiti tradizionalmente apposti all'esercizio del potere che vanno a rafforzare la posizione del privato nei confronti dell'autorità¹⁴².

Come si vedrà, proprio l'annullamento d'ufficio è tutt'ora al centro del dibattito mostrando potenzialità evolutive sotto molteplici punti di vista.

4.2. Il contrapposto interesse alla stabilità del provvedimento

Si è già detto del fondamento dell'affidamento "pubblicistico" nel principio di certezza del diritto. Occorre ora soffermarsi sulle specificità che il fenomeno in questione assume quando a venir meno sono gli effetti di un provvedimento amministrativo.

In generale, il principio dell'affidamento risponde ad un'idea del diritto amministrativo che postula un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buon andamento, assommando alla «funzione di garanzia della legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, quella di creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino»¹⁴³.

Con precipuo riferimento all'azione amministrativa, il principio di certezza del diritto si declina in termini di stabilità del provvedimento amministrativo, caratteristica che sarebbe da intendersi non come un carattere intrinseco dell'atto ma come il risultato del regime giuridico previsto dalla

¹⁴² Cfr. Cons. St., sez. V, 19 giugno 2006, n. 3576.

¹⁴³ M. PERRELLI, *Autotutela e affidamento*, in *Rassegna monotematica di giurisprudenza*, 31 dicembre 2022.

disciplina positiva, da apprezzarsi in termini di grado¹⁴⁴. Secondo questa impostazione, l'atto amministrativo si configurerebbe come quello meno stabile rispetto agli altri atti pubblici, in ragione innanzitutto proprio del potere dell'autorità che l'ha emanato di tornare sulla sua decisione per assicurarne la legittimità o l'aderenza all'interesse pubblico. Altro fattore che contribuisce alla instabilità dell'atto amministrativo è il maggior grado di contendibilità dello stesso, essendo passibile di impugnazione anche da parte dei terzi interessati.

In ogni caso, la stabilità del provvedimento amministrativo assume rilievo in una duplice dimensione essendo funzionale alla realizzazione di una certezza sia oggettiva che soggettiva. Si fa riferimento, da un lato, a quella sistemica in cui è funzionale alla certezza dei mercati e di cui è espressione l'atto di regolazione, e a quella attinente al singolo rapporto giuridico sorto dal provvedimento ampliativo in cui si identifica con la pretesa del destinatario alla conservazione del suo nuovo patrimonio giuridico¹⁴⁵.

Al perseguimento dell'interesse pubblico che giustifica il ritiro dell'atto si contrappone, dunque, l'aspettativa del cittadino in ordine alla stabilità dell'assetto degli interessi in gioco che era stato prodotto dal provvedimento poi ritirato. D'altro canto, il conseguimento del bene della vita ottenuto grazie al provvedimento favorevole sarebbe solo apparente se non si garantisse il perdurare della correlata posizione giuridica soggettiva.

Come per i poteri di autotutela si è resa necessaria l'individuazione di un fondamento giuridico legittimante, così il problema ermeneutico riguardante l'affidamento del cittadino sul provvedimento amministrativo favorevole consisteva innanzitutto nella elaborazione dei presupposti per la sua tutela. Si è

¹⁴⁴ R. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in www.federalismi.it, 19 aprile 2017. Così anche G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2003, p. 1 ss.

¹⁴⁵ M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, n. 3/2016, p. 321 ss. che individua una correlazione tra le due dimensioni nel senso che non potendosi «trascurare che la fiducia nella tenuta degli atti di assenso incentiva gli operatori privati più qualificati a entrare in relazione con l'amministrazione con possibili benefici per il benessere collettivo, comporta una crescita di investimenti nelle attività economiche e dunque favorisce lo sviluppo del Paese» si ha che «la stabilità del provvedimento, in altri termini, ha ricadute positive sul versante dell'interesse pubblico; da questo punto di vista, certezza e funzione convergono, non sono affatto valori antagonisti».

trattato, in sostanza, di stabilire quale fosse l'affidamento meritevole di tutela da parte dell'ordinamento di fronte all'azione dell'amministrazione.

Sulla scia della elaborazione comunitaria, tradizionalmente secondo commentatori e giudici interni la tutela dell'affidamento del cittadino può essere apprestata in presenza di tre elementi: l'elemento oggettivo rappresentato dalla emanazione del provvedimento favorevole poi venuto meno per mano di un secondo provvedimento; l'elemento soggettivo incarnato dalla buona fede del destinatario dell'atto; l'elemento temporale in base al quale la posizione del privato è meritevole di tutela se consolidatasi in ragione del trascorrere di un certo lasso di tempo¹⁴⁶.

Il primo fattore può sembrare ormai banale ma, come sottolineato nel fondamentale studio monografico già ricordato, esso rappresentava una novità, importata dall'esperienza tedesca, per quanto riguardava l'impostazione dei termini del problema «tutta incentrata sulla posizione del cittadino nei confronti della P.A.»¹⁴⁷.

Fondamentale nel percorso di affermazione del legittimo affidamento, così come inteso nella ricostruzione classica, è stato il dibattito intorno all'elemento soggettivo, finendo la buona fede per divenire il tema preponderante e quasi assorbente nella ricostruzione dell'intera vicenda. In tal senso, si è evidenziato come «legittimo affidamento e buona fede si pongono in un rapporto di complementarità più che di derivazione, rappresentando i termini di un'endiadi

¹⁴⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440.

¹⁴⁷ «In primo luogo giurisprudenza e dottrina hanno circoscritto l'area del problema suddividendo gli atti amministrativi in atti amministrativi favorevoli ed atti amministrativi onerosi per il destinatario. Si tratta di una distinzione che nell'ordinamento tedesco aveva un preciso valore dogmatico quando si riteneva che il principio di legalità operasse soltanto nei confronti degli atti amministrativi onerosi, ma che dopo l'estensione, ormai largamente condivisa, del principio di legalità, del principio di legalità a tutti gli atti amministrativi ha soltanto una funzione descrittiva dell'incidenza negativa dell'atto nei confronti della sfera giuridica dei destinatari» ma «l'affermazione che il problema dei limiti all'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi si pone soltanto per gli atti amministrativi favorevoli, presenta una duplice utilità: da un lato serve a spostare subito l'attenzione sulla situazione giuridica del privato nei confronti della P.A., dall'altro serve ad evitare di impostare in astratto la problematica dell'annullamento d'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» (F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit. p. 39).

che esprime un concetto unitario, rilevante ogni qual volta venga in questione l'esercizio dell'autotutela decisoria»¹⁴⁸.

Tra i non facili tentativi volti a conferire autonomia concettuale all'affidamento nei confronti dell'amministrazione, non si può non menzionare quello incentrato proprio sull'elemento soggettivo distinguendo tra "affidamento incolpevole" e "affidamento legittimo"¹⁴⁹. La prima corrisponde alla nozione civilistica dell'affidamento quale composta dai tre elementi della fiducia, della delusione della fiducia e del danno subito a causa della fiducia incolpevolmente mal riposta. Tale affidamento è incentrato, quindi, sulla circostanza che «l'efficacia causale della condotta altrui nella produzione del danno è subordinata all'attitudine di tale condotta a indurre una persona diligente ad assumere le decisioni che si riveleranno dannose», per cui l'elemento soggettivo, posto come elemento costitutivo dell'affidamento tutelabile, sarebbe idoneo a ricomporre il contrasto tra il principio di tutela dell'affidamento e il principio di autoresponsabilità¹⁵⁰. Diversamente starebbero le cose nelle relazioni con l'autorità laddove «il regime giuridico dell'attività svolta dalla parte pubblica tendenzialmente esclude la rilevanza di comportamenti che non si manifestino in atti formali, e questi ultimi sono valutati secondo i parametri della legittimità che, essendo connotati in senso obiettivo, non danno spazio alla valutazione dei fattori di ordine personale che sono spesso determinanti per l'insorgere dell'affidamento 'incolpevole' nei rapporti tra i privati»¹⁵¹.

Questa elaborazione per quanto affascinante e degna di nota soprattutto nel momento in cui, rilevato che «l'affidamento legittimo è spersonalizzato», giunge alla conclusione che «per il suo insorgere è sufficiente l'emanazione del provvedimento costitutivo di una situazione giuridica favorevole e definitiva», non convincerebbe del tutto alla luce sia della giurisprudenza che del legislatore che non paiono dividerla, ma anche e soprattutto in ragione del fatto che un

¹⁴⁸ M. T. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA– F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 164.

¹⁴⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 1/2018, p. 823 ss.

¹⁵⁰ *Ivi* p. 825.

¹⁵¹ *Ibidem*.

conto è l'insorgenza dell'affidamento in termini astratti, un conto la meritevolezza in concreto della sua tutela¹⁵².

Infine, nel pensiero tradizionale la tutelabilità dell'affidamento è legata al trascorrere di un periodo di tempo necessario al suo consolidamento scaturente dall'inerzia dell'amministrazione e cioè dal mancato tempestivo ritiro dell'atto¹⁵³.

Ciò si traduce nel fatto che l'affidamento non nasce immediatamente con l'emanazione del provvedimento, ma in un momento successivo. Dunque, nella teorizzazione classica, l'affidamento scaturisce dall'inerzia dell'amministrazione e ha ad oggetto l'aspettativa circa la coerenza di quel comportamento cui corrispondeva l'obbligo di comportarsi secondo buona fede che si sostanzia in questo caso nell'obbligo di tenere in considerazione l'interesse del privato.

Non si può già a questo punto non rilevare come tale impostazione risulti problematica almeno sotto due profili: da un lato «la costruzione dell'affidamento quale posizione che nasce dall'inerzia dell'amministrazione, elude la questione della buona fede» laddove comporta che «tutto quello che precede il momento nel quale la condotta dell'amministrazione diviene «inerzia» non ha rilevanza per la configurabilità dell'affidamento»; dall'altro presuppone che il rischio della rimozione del provvedimento e cioè le conseguenze della disfunzione amministrativa da cui deriva il conflitto tra l'interesse pubblico e l'affidamento del cittadino, sia posto tutto a carico di quest'ultimo¹⁵⁴.

¹⁵² Cfr. Cons. St., sez. V, 9 maggio 2000, n. 2648 in cui i giudici, dovendo statuire sulla legittimità dell'annullamento d'ufficio parziale riguardante la volumetria eccedente di una concessione edilizia sulla base della quale era stato realizzato l'immobile, dopo aver ricordato che «la giurisprudenza ha anche affermato che non occorre la presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico quando il soggetto nei cui confronti si esercita il potere di annullamento non sia in buona fede», rilevano che quantomeno uno dei due contitolari della concessione edilizia, non poteva essere ritenuto in buona fede considerato che il ricorrente «il quale, tra l'altro, svolge professionalmente l'attività di costruttore edile, non fosse consapevole dell'esistenza e del significato del vincolo gravante sulla particella» in questione ciò essendo sufficiente ad escludere che lo stesso «possa avere fatto affidamento sulla legittimità della concessione edilizia ed esclude, quindi, ogni ragione perché la posizione di questi, che ha ottenuto la concessione edilizia in base "ad una falsa rappresentazione della realtà"», di cui era evidentemente consapevole, debba essere tutelata. Nello stesso senso Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440 che afferma esplicitamente che «Venendo all'elemento soggettivo, che rende l'affidamento legittimo, è necessario che il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede».

¹⁵³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2002, n. 6113.

¹⁵⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento cit.*, p. 833. che specifica: «Il «consolidamento» della posizione costituita con l'atto illegittimo, che si suole

4.3. Il dissolvimento dell'affidamento nella discrezionalità amministrativa all'interno della dinamica ponderativa

Una volta rilevata l'esigenza di protezione dell'affidamento del cittadino di fronte ai poteri di autotutela dell'amministrazione, da sempre concepiti come poteri discrezionali preordinati alla cura dell'interesse pubblico concreto e attuale, e determinati i presupposti della tutela, dottrina e giurisprudenza sono state impegnate nella individuazione delle modalità della stessa¹⁵⁵.

Nell'impostazione classica che qui si sta analizzando, la tutela dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione, assume le forme della c.d. tutela ponderativa, che è diretta conseguenza della configurazione del potere di autotutela come potere di amministrazione attiva. Essa si sostanzia nel bilanciamento tra l'interesse pubblico al ritiro dell'atto e quello del cittadino alla sua conservazione, che deve trovare riscontro nella motivazione dell'atto di ritiro e prima ancora nella completezza dell'istruttoria¹⁵⁶.

All'interno di questa dinamica, l'interesse pubblico ulteriore che deve sussistere per aversi un esercizio legittimo dei poteri di ritiro rappresenta il tradizionale meccanismo di protezione pubblicistica dell'affidamento che tutt'ora caratterizza l'istituto dell'annullamento d'ufficio. La giurisprudenza

collegare al passare del tempo, operava a beneficio dell'interessato di riflesso, in conseguenza dell'onere di motivazione (12) gravante sull'amministrazione, alla quale veniva chiesto di spiegare perché l'interesse all'annullamento aveva potuto restare non avvertito durante tutto il tempo intercorso tra l'emanazione del provvedimento e la decisione di annullarlo. Il lungo tempo trascorso è valutato come indice dell'assenza dell'interesse ad annullare. L'aggravamento dell'onere di motivazione rafforzava di fatto la posizione dell'interessato, che non veniva tuttavia modificata nel suo fondamento giuridico per effetto dell'inerzia dell'amministrazione».

¹⁵⁵ Sulla natura discrezionale del potere cfr. dell'annullamento d'ufficio: Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 1891, in *Legge* 1891, I, 644; Cons. Stato, sez. IV 3 dicembre 1903, in *Foro it.*, 1904, III, 19; Cons. Stato, sez. IV 16 marzo 1929, in *Giur. it.*, 1929, III, 148; Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 1937, in *Foro it.*, 1397, III, 201; Cons. Stato, sez. IV 9 giugno 1937, in *Foro amm.*, II, 458; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 1937, in *Foro it.*, 1937, III, 227; Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 1936, in *Foro it.*, 1937, III, 11-12; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 1936, in *Foro amm.*, 1936, I, 2, 186.

¹⁵⁶ Sulla centralità dell'onere motivazionale nel bilanciamento degli interessi in gioco Cfr. Cons. St., sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837; Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026.

amministrativa ha espressamente affermato che «il principio della necessità che l'annullamento d'ufficio contenga una motivazione circa l'interesse pubblico è fondato sull'esigenza di tutelare l'affidamento del cittadino inteso come buona fede oggettiva, aspettativa che il comportamento dell'amministrazione sia coerente con il comportamento precedente»¹⁵⁷. Da qui si veda anche come la concezione tradizionale del legittimo affidamento faccia inequivocabilmente eco alla primigenia nozione civilistica, essendo inteso in termini di aspettativa ad un comportamento coerente. Cosicché l'interesse pubblico ulteriore è un elemento rafforzativo dell'interesse del privato alla stabilità del rapporto nato con l'atto di primo grado, non potendo tale stabilità venire meno “solo” per il generale interesse al ripristino della legalità.

L'anima del legittimo affidamento si identifica così nel correlato dovere di correttezza a carico dell'amministrazione nell'esercizio dei poteri di autotutela che si concretizza nell'obbligo di dare conto di aver tenuto in adeguata considerazione l'interesse del cittadino alla conservazione del vantaggio ottenuto sulla base del provvedimento di primo grado.

In tal modo, potendo soccombere di fronte ad un interesse pubblico prevalente sulla base di una valutazione discrezionale dell'autorità, la tutela della posizione del cittadino risulta indiretta ed eventuale, finendo per configurarsi come mero limite esterno all'esercizio della discrezionalità amministrativa e quindi come elemento accidentale anziché immanente alla dinamica del rapporto tra amministrazione e cittadino. Sul punto non si è mancato di sottolineare «il fatto che ragionare in termini di limiti all'esercizio del potere rischia sempre di privilegiare una prospettiva in cui l'indagine riguarda esclusivamente l'esercizio della funzione e non l'osservanza di una norma che si rivolge all'amministrazione nel rapporto con il cittadino»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cons. St., Sez. V, 29 Luglio 2000, n. 4213. Più di recente vd. Cons. St., Ad. pl., 17 ottobre 2017, n. 8 «in base all'orientamento in parola, il fondamento di tali ulteriori presupposti va individuato nella garanzia della tutela dell'affidamento dei destinatari circa la certezza e stabilità degli effetti giuridici prodotti dal provvedimento illegittimo, mediante una valutazione discrezionale volta alla ricerca del giusto equilibrio tra il ripristino della legalità violata e la conservazione dell'assetto regolativo impresso dal provvedimento viziato».

¹⁵⁸ M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 ss.

Si veda come la tutela pubblicistica dell'affidamento così tradizionalmente intesa non si sostanzia in altro che nella valutazione da parte del giudice del corretto esercizio del potere secondo i normali canoni di imparzialità, ragionevolezza e proporzionalità. Assume, dunque, o, dovrebbe assumere – non sempre riscontrandosi in giurisprudenza tale rigore sul punto - fondamentale importanza la verifica sulla motivazione del provvedimento di secondo grado in termini di congruità, adeguatezza, logicità, completezza, che però nulla aggiunge alla classica tutela dell'interesse legittimo, col quale quindi il legittimo affidamento finisce per confondersi.

Non pare però che questo possa ritenersi accettabile in ragione della profonda diversità delle due fattispecie, data dalla presenza di un provvedimento amministrativo di primo grado pienamente efficace se pur invalido, poi messo in nulla dalla stessa autorità che l'ha emanato. Come si vedrà, i processi evolutivi che hanno interessato il legittimo affidamento sono in effetti incentrati sull'individuazione di forme di tutela più efficaci ed adeguate, nella ormai inarrestabile tendenza alla creazione di un diritto amministrativo sempre più garantistico, che non può prescindere da un rinnovato dibattito sulle forme di responsabilità dell'amministrazione.

Nella dinamica afferente al modello tradizionale del legittimo affidamento, come già visto, vi è poi un altro fattore a cui è stato attribuito un ruolo centrale: il tempo.

Il trascorrere del tempo incide sui poteri di autotutela non nel senso della loro estinzione, ma in termini di aggravio dell'obbligo motivazionale circa l'attualità e concretezza dell'interesse pubblico perseguito con l'atto di autotutela, laddove tanto più tempo è trascorso dall'emanazione del provvedimento di primo grado tanto più stringente è il suddetto obbligo¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2002, n. 903 dove, nel giudicare illegittimo l'annullamento in autotutela di un provvedimento di inquadramento professionale nella funzione di psicologo intervenuto a distanza di 6 anni, il Collegio afferma che «Il punto di fondo sta proprio nella esauriente e completa motivazione del provvedimento de quo, sotto il duplice profilo dell'interesse pubblico ad alterare una situazione ormai consolidata e della gravità del vizio di legittimità in questione, alla luce delle esigenze del buon andamento, efficacia, efficienza ed imparzialità dell'azione amministrativa» e che «Per annullarla, dopo sei anni, sarebbe stato dunque necessario una valutazione comparativa molto più articolata ed approfondita dell'interesse pubblico a rimettere in discussione una situazione giuridica soggettiva consolidata e fondata su un

Questo per quanto riguarda il tempo dell'annullamento d'ufficio. Sul potere di revoca il tempo agisce in modo opposto: solo il trascorrere di un considerevole lasso di tempo è atto a rendere legittimo il ritiro di un atto non più rispondente all'interesse pubblico attuale¹⁶⁰.

Nella elaborazione pretoria, ma anche nel diritto positivo che d'altra parte la recepisce, il tempo pare, dunque, assumere rilievo come un forte alleato del destinatario dell'atto in quanto se ne riconosce l'importanza e l'autonomia come bene in sé per sé considerato¹⁶¹. Tuttavia, la stessa giurisprudenza amministrativa, che in tal modo sembra fare eco a quella sovranazionale, ha affermato il principio di diritto in base al quale «l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio *ius poenitendi*)»¹⁶².

Ancora una volta pare evidente la precarietà della posizione riconosciuta al legittimo affidamento da questo tipo di tutela, laddove configurarlo come un valore "bilanciabile" significa renderlo "sacrificabile". La sorte del legittimo affidamento in sostanza è tutta legata al "gioco della discrezionalità" e quindi alla riscontrabilità da parte del giudice del vizio di eccesso di potere dell'atto di secondo grado che si risolve nella tutela demolitoria, del resto l'unica prevista fino a tempi relativamente recenti. Riscontrabilità che è più plausibile concepire in astratto che in concreto essendo sufficiente che nella motivazione l'amministrazione dia in qualche modo conto di aver tenuto in considerazione

affidamento del tutto ragionevole della legalità dell'azione amministrativa. Affidamento non solo fondato sulla valutazione soggettiva dell'interessato, ma sulle modalità oggettive che in concreto caratterizzavano lo svolgimento di un servizio sanitario estremamente delicato ed importante per la collettività». Cfr. anche Cons. St., sez. V, 27 aprile 2015, n. 2014.

¹⁶⁰ Cfr. in questo senso Cons. St., sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719.

¹⁶¹ In questo senso E. LIBERALI, *Potere amministrativo, tempo e consumazione: riflessioni a margine di Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584*, in www.ildirittoamministrativo.it.

¹⁶² Cons. St., ad. pl., 11 ottobre 2017, n. 8.

l'affidamento del privato, che in tale dinamica ben può risultare recessivo ma anche totalmente scoperto di effettiva protezione.

Gioco della discrezionalità che può addirittura essere annichilito in quei casi, individuati nel corso del tempo da parte dei giudici, in cui la tutela dell'affidamento perde ogni spazio a fronte di un interesse pubblico che in certe materie e/o fattispecie è ritenuto *in re ipsa* e quindi naturalmente prevalente. Si vedrà come questo tema è tornato di interesse negli anni più recenti a proposito di una ipotizzata riconfigurazione dell'istituto dell'annullamento d'ufficio.

2. PROFILI EVOLUTIVI DELL’AFFIDAMENTO NEI CONFRONTI DELL’ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE DELL’AMMINISTRAZIONE

1. *Affidamento e provvedimento: l’ambito tradizionale*

1.1. *L’autotutela amministrativa: i dubbi sull’attuale utilità del concetto*

Si è accennato a come gli istituti dell’annullamento d’ufficio e della revoca siano tradizionalmente ritenuti espressione dei cd. poteri di autotutela (decisoria)¹. Quest’ultima nozione, che peraltro resiste sia nella manualistica e nella giurisprudenza contemporanee che nelle novelle più recenti², non solo presuppone una concezione della pubblica amministrazione anacronistica, laddove legittima tali poteri invasivi in ragione di una sua posizione di supremazia, ma tiene insieme istituti che, come si vedrà, nonostante un legame che secondo alcuni è ormai praticamente “simbiotico”, paiono non essere così omogenei³.

È, infatti, quella stessa dottrina che maggiormente si è avvalsa della nozione, che, nel ricercarne il fondamento storico e pratico, spiega l’attrazione di

¹ Tale espressione si distingue dalla c.d. autotutela esecutiva, dalla quale è stata essa stessa desunta come sua conseguenza logica ritenendo che se è riconosciuto il potere dell’amministrazione di eseguire coattivamente i propri provvedimenti senza ricorrere all’autorità giudiziaria in ragione del pubblico interesse, allo stesso modo deve riconoscersi un potere di autocontrollo dei suoi atti, provvedendo con l’eliminazione di essi alla soddisfazione dello stesso. Cfr. V. ROMANELLI, *L’annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 217.

² Cfr. art. 3 d. l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 che nel sostituire alla d.i.a. la nuova disciplina della s.c.i.a. ha inserito al comma 3 dell’art. 19 la previsione secondo cui: «è fatto comunque salvo il potere dell’amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies». La nozione continua ad essere utilizzata anche dalla dottrina più recente, vd. M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell’annullamento d’ufficio*, Torino, 2021, che ne individua l’utilità nell’identificare i provvedimenti afferenti a tale nozione come caratterizzati dall’aver una causa mista per cui “l’assicurazione dell’interesse pubblico primario, garantito dalla norma attributiva del potere di primo grado, dovrà conciliarsi, nel provvedimento di secondo grado, con le specifiche prescrizioni circa la funzione giustiziale di tale atto, con il principio della certezza del diritto e con gli interessi dei destinatari, qui rafforzati dalla rilevanza assunta dal principio del legittimo affidamento».

³ Così A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell’annullamento d’ufficio*, Torino, 2016, p. 208 ss.

funzioni estranee da parte dell'amministrazione, in particolare di quelle formalmente o materialmente giurisdizionali, come retaggio dello Stato assoluto da intendersi, peraltro, sinteticamente proprio come Stato amministrativo⁴. Anche la definizione che se ne è data per cui per autotutela «si intende quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese» svela la sua originaria concezione come un privilegio⁵ dell'amministrazione che attraverso tali poteri persegue un suo proprio interesse, attraverso un tipo di attività che sarebbe formalmente amministrativa ma materialmente giurisdizionale⁶.

Se inizialmente una loro concezione unitaria era funzionale all'individuazione di un fondamento comune che li riconducesse nel perimetro della legalità, una volta intervenuta la loro definitiva e generale positivizzazione che, anzi, riserva loro ciascuno una apposita disciplina, si è indotti a guardarli attraverso una nuova lente che da un lato ne metta in luce le specifiche peculiarità e differenze, che ad avviso di chi scrive sono prevalenti e, dall'altro, ne proponga una lettura attualizzata o modernizzata⁷.

A tal proposito si vuole innanzitutto porre l'attenzione sul fatto che la codificazione generalizzata e pur costituzionalmente necessaria di tali istituti non debba essere di intralcio ad una loro percezione quali poteri in certa qual misura straordinari ed eccezionali, o quanto meno da usarsi con parsimonia in

⁴ F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 539 ss.

⁵ Lo afferma espressamente E. CANNADA BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, 1958, p. 487 ss., il quale però ricorda anche che i limiti dell'autotutela «non possono eccedere quelli della tutela» altrimenti «rappresenterebbe un momento di mera forza».

⁶ F. BENVENUTI, voce *Autotutela* cit. p. 542. L'autore riconduce agli atti di autotutela spontanea «quelle decisioni costitutive che assumono il nome di annullamento, di revoca, di abrogazione e di caducazione» laddove «gli atti di annullamento sono quelli con cui l'amministrazione pone nel nulla, con efficacia retroattiva (*ex tunc*) atti amministrativi illegittimi; atti di revoca quelli con cui l'amministrazione pone nel nulla, ugualmente con efficacia retroattiva, gli atti amministrativi inopportuni per motivi sopravvenuti; mentre con la caducazione si rimuovono atti divenuti illegittimi per motivi sopravvenuti e, naturalmente, entrambi questi atti agiscono con effetto *ex nunc*».

⁷ Gli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio sono stati positivizzati dall'art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15 che ha modificato la l. 7 agosto 1990, n. 241 introducendo rispettivamente, tra gli altri, gli artt. 21-quinquies e 21-nonies di cui al nuovo Capo IV-bis «Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso»

rispondenza al principio di buona amministrazione, data la loro invasività. Tanto più che, alla luce della «strutturazione del procedimento in forma contenziosa o quasi contenziosa», volta proprio alla ricomposizione preventiva del conflitto potenziale tra interessi in gioco e quindi alla migliore stabilità possibile degli effetti della decisione finale, attraverso la più ampia partecipazione dei soggetti interessati, i poteri in esame dovrebbero configurarsi coerentemente come rimedio ultimo, *extrema ratio* dell'intero sistema⁸.

Allo stesso modo si deve sempre tenere presente che l'amministrazione è dotata di tali speciali poteri in ragione di uno suo carattere sì immanente ma legato non più a una sua presupposta condizione di privilegio e supremazia bensì, all'opposto, alla sua connaturata strumentalità a interessi generali, individuati dalla legge, e non suoi⁹. In questo senso si è affermato che il punto di partenza della riflessione su poteri che risultano "esorbitanti" rispetto al diritto comune non può che essere il provvedimento nei suoi tratti caratterizzanti di riconosciuta specialità, laddove la specialità gli deriva non da una preconcepita posizione

⁸ F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in www.federalismi.it, n. 8/2017 che sulla strumentalità del giusto procedimento anche alla stabilizzazione degli effetti puntualizza che altrimenti si risolverebbe «in un inutile e deleterio aggravamento dell'istruttoria procedimentale» e in generale che «L'affermazione che vi sia consumazione del potere se il provvedimento si struttura come decisione è incompatibile con quella secondo la quale l'autotutela decisoria sarebbe espressione di un potere inesauribile ed immanente».

⁹ Si deve ricordare, a questo proposito, che il potere di autotutela «viene generalmente riconosciuto come una delle manifestazioni della specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune» e che lo stesso Benvenuti la cataloga come una delle tre categorie nelle quali si manifesta la pubblica amministrazione (insieme all'autonomia e all'autarchia). Così rispettivamente M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006, p. 4. e F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 539 ss. Si veda anche l'analisi di F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in www.federalismi.it, 21 ottobre 2015, che in tal senso coglie una differenza nell'evoluzioni dei due tipi di autotutela laddove «l'autotutela decisoria, originariamente attratta in un istituto che spiega il potere di autotutela come connaturato all'esercizio della funzione amministrativa e che pertanto non richiede un'espressa attribuzione del relativo potere per poter essere esercitato, non segue la maturazione concettuale dell'istituto che porta ad ancorare la figura ad una più stretta osservanza del principio di legalità. Questa evoluzione contrassegna la sola figura dell'autotutela esecutiva, non anche della decisoria; la quale continua a riposare sull'originario fondamento giustificativo dell'autotutela esecutiva anche quando tale fondamento viene da quest'ultima superato e abbandonato in ragione della necessità di assicurare una più stretta aderenza al principio di legalità. L'autotutela decisoria rimane così ferma ad una ricostruzione teorica in termini di potere generale, manifestazione dell'autoritarità attribuita alla pubblica amministrazione per la cura dell'interesse pubblico, che la caratterizza come una tecnica generale di buona amministrazione e che la spiega come uno strumento volto ad assicurare la continua rispondenza al pubblico interesse dell'attività amministrativa».

sovraordinata ma dall'esigenza di assicurare l'effettività e la legittimità dell'azione amministrativa¹⁰. Si sente ancora una volta la necessità di sottolineare il naturale nesso tra la stabilità e lo Stato di diritto in cui «il potere legittimo è quello che si traduce in atti formali e puntuali» per cui «siamo agli antipodi rispetto all'immagine di un potere diffuso che si rinnova nel tempo»¹¹.

Si propende, quindi, per una lettura che coglie nella consacrazione degli strumenti di riesame una rivalutazione della discrezionalità amministrativa come potere per l'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico dal quale emerge una «nuova tensione, tra la ribadita possibilità dell'amministrazione di ritornare 'ampiamente' su quanto già determinato al fine di adeguare costantemente la propria azione all'ottimizzazione del soddisfacimento dell'interesse pubblico e la tutela dell'affidamento del privato» e che si risolve nella riconduzione della dinamica sotto l'egida dell'art. 97 Cost. che, imponendo che tutti i poteri devono tendere al perseguimento della massima utilità sociale col minimo costo sociale, costituisce il faro per il raggiungimento del miglior equilibrio¹². Non a caso, infatti, l'evoluzione della disciplina normativa e prima ancora della giurisprudenza è sempre stata nel senso di incrementare i limiti all'esercizio di questi poteri¹³.

Ma soprattutto, come si vedrà, si individua proprio nell'atteggiarsi della tutela dell'affidamento di fronte ai due poteri uno dei maggiori tratti distintivi che conseguono alla diversa configurazione dei due istituti in esame¹⁴. Proprio per

¹⁰ M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in A. M. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 424.

¹¹ M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in P.A. *Persona e amministrazione*, 2017, p. 189 ss.

¹² Così G. DI FIORE, *Il riesame del provvedimento*, in G. C. DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 227.

¹³ Cfr. G. GIACOBELLI, *Sul fondamento e i limiti del potere di annullamento (e di revoca) dell'atto amministrativo illegittimo*, in Riv. Dir. pubbl., 1939, I, p. 106 ss.

¹⁴ Ci si discosta in tal modo da quei tentativi di ricondurre ad unità - peraltro sotto la categoria degli atti di ritiro che invece si ritiene comprendente i soli atti che incidono su atti di primo grado non ancora produttivi di effetti (in questo senso vd. R. CHIEPPA, voce *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in Enc. dir., Annali II, 2008, p. 910 ss.) - i due istituti che vedrebbero proprio nell'esigenza di tutela dell'affidamento il prevalente elemento che li accomuna, al punto di auspicarne una stessa disciplina. Come si vedrà, infatti, sebbene si condivida la parte del ragionamento che ritiene insoddisfacente la tecnica del bilanciamento come tutela di fronte all'annullamento, si respinge la soluzione dell'attrazione di questa fattispecie

questo, si ritiene comunque necessario affrontare il tema della natura di questi poteri, al di là del fatto che oggi il problema della loro base legale non si pone più. Tale indagine non può che essere fatta separatamente in ragione proprio delle profonde differenze che sussistono fra i due istituti così come oggi disciplinati dalla legge sul procedimento amministrativo, come si metterà in luce nei successivi paragrafi.

D'altra parte, non sono mai mancati, anzi sono ben noti, gli sforzi della dottrina volti a distinguere la revoca dall'annullamento d'ufficio, che hanno individuato una svariata congerie di criteri che spesso finiscono per confondersi, lasciando adito a critiche e continui rimaneggiamenti. Si è passati, così, dal criterio soggettivo (peraltro oggi espressamente superato dalla disciplina legislativa) in base al quale la revoca sarebbe rimessa alla stessa autorità che aveva emanato l'atto mentre l'annullamento spetterebbe all'organo gerarchicamente superiore, al criterio della tipologia del vizio per cui la revoca costituirebbe il rimedio ad un atto viziato nel merito mentre l'annullamento avrebbe ad oggetto atti affetti da vizi di legittimità, per poi adottare un criterio ibrido basato sulla commistione dei due precedenti fino a far entrare in campo quello temporale in base al quale la revoca avrebbe a che fare con un vizio sopravvenuto e l'annullamento d'ufficio con un vizio originario (sia esso di legittimità o di merito), anch'esso in parte soppiantato dal criterio che guarda agli effetti secondo cui la revoca opererebbe *ex nunc* e l'annullamento *ex tunc*.

Per il vero, l'unico dato che appare accomunare annullamento d'ufficio e revoca, oltre alla spontaneità che forse è più ideologica che reale, è il fatto di insistere su altri atti, precedenti e perfettamente efficaci, o, meglio – come si vedrà di seguito - su fattispecie in cui sia già intervenuto un atto, motivo per cui si ritiene che l'espressione più adeguata a ricomprenderli entrambi, laddove vi sia questa necessità, sia quello di «provvedimenti di secondo grado», avente una pretesa meramente descrittiva, che non si preoccupa di risolvere il problema del fondamento giuridico e dell'inquadramento delle varie tipologie di atti che, come

nell'area dell'indennizzabilità, sostenendo la diversa gradazione (e quindi necessariamente la diversa intensità della tutela) dell'affidamento a seconda che dialoghi con un atto legittimo o illegittimo, pure dalla stessa elaborazione richiamata. Ci si riferisce a A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà* cit., p. 210.

visto, lascia spazio a diverse interpretazioni¹⁵. Questa classificazione, inoltre, ha il pregio di focalizzare l'attenzione sul provvedimento amministrativo (di primo grado) quale atto prodotto da un soggetto pubblico, risultato della sua attività istituzionale e perciò in grado di generare nel cittadino un affidamento meritevole di tutela, facendo venire in rilievo in tal modo le stesse circostanze di cui si è dato conto nel capitolo precedente con riferimento all'atto legislativo. È chiaro, infatti, che di fronte al provvedimento amministrativo, quale atto che incide concretamente e individualmente nella sfera giuridica soggettiva del suo destinatario, quelle esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici con gli apparati pubblici, su cui si misura l'attrattività e prima ancora la fiducia nel "sistema Paese", sono maggiormente e direttamente percepibili dai singoli cittadini.

Si tratta a questo punto di verificare se di fronte all'atto amministrativo, che dalla legge differisce per struttura e funzione, la dinamica autorità/libertà, perché di questo si tratta, assume o meno quegli stessi caratteri, precipuamente in termini di tutela dell'affidamento. Gli studi sull'affidamento nel diritto amministrativo sono partiti da qui, dall'affidamento, potremmo dire, "da provvedimento", e questo non è solo un dato storico ma, si ritiene, anche e soprattutto sistematico, in grado di dare contezza della vera essenza dell'affidamento quale cartina di tornasole del rapporto tra poteri pubblici e autonomia privata. In sostanza, preme qui evidenziare che la tutela dell'affidamento del cittadino passa innanzitutto dalla riaffermazione della centralità del provvedimento amministrativo, baluardo dello Stato di diritto, quale formale, autorevole e puntuale forma di espressione del pubblico potere.

¹⁵ Cfr. R. CHIEPPA, voce *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 2008, p. 910 ss che, nel dare conto di alcuni dei diversi criteri di classificazione interna alla categoria dei provvedimenti di secondo grado - ricomprendenti, oltre all'annullamento d'ufficio e la revoca, anche la rimozione, la sospensione, la modifica, la riforma, la rettifica, la proroga, la convalida, la conversione, la conferma - rileva "un'assenza di sistematicità dei diversi interventi del legislatore" ciò che, data la difficoltà di ricondurre i singoli provvedimenti ad una specifica *sub*-categoria, «ha rafforzato l'utilità di individuare le caratteristiche generali dei provvedimenti di secondo grado».

1.2 L'annullamento d'ufficio: la legalità alla prova dell'affidamento

È appurato che la codificazione dell'annullamento d'ufficio all'interno della legge sul procedimento amministrativo (art. 21-*nonies*), come avvenuta con la novella del 2005, costituisce il pieno recepimento delle elaborazioni giurisprudenziali che già avevano individuato nel vizio di legittimità dell'atto di primo grado, nel trascorrere di un certo periodo di tempo e nell'interesse pubblico all'annullamento, gli elementi che costituiscono al contempo i presupposti e i limiti per l'esercizio legittimo del potere in esame che deve tenere conto anche «degli interessi dei destinatari e dei controinteressati»¹⁶. E, come già accennato, proprio l'esigenza di tutela dell'affidamento è il faro che pare aver guidato gli approdi giurisprudenziali prima e l'evoluzione normativa poi, nel senso di una progressiva delimitazione di tale potere volta a un "riequilibrio" del rapporto giuridico che intercorre tra l'amministrazione che esercita il potere e il suo destinatario che, almeno fino alle più recenti modifiche legislative, appariva "sperequato in radice"¹⁷.

Permangono, tuttavia, le difficoltà in ordine all'individuazione della natura del potere di annullamento d'ufficio che, come anticipato, è stato ricondotto talvolta ad attività di amministrazione attiva, talaltra ad attività materialmente giurisdizionale, altra ancora di controllo fino all'ipotesi di natura mista di amministrazione attiva e di controllo. Esse derivano, ad avviso di chi scrive, dalla concezione, avallata dalla giurisprudenza e solo di recente più frequentemente messa in dubbio da una parte della dottrina, di tale potere come discrezionale,

¹⁶ Il comma 1 dell'art. 21-*nonies* (Annullamento d'ufficio), come introdotto dall'art. 14, l. n. 15/2005, recitava così: «1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies* può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge».

¹⁷ In questo senso M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in www.giustamm.it, 2016 che sottolinea proprio che «nella relazione di durata tra amministrazione e privato è preferibile parlare di riequilibrio, piuttosto che di riequilibrio vero e proprio, dal momento che, se l'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo garantisce la stabilità del rapporto sul versante delle eventuali contestazioni da parte del privato, l'esistenza del potere di annullamento d'ufficio impedisce il raggiungimento della stabilità del rapporto stesso sul versante dell'amministrazione».

caratteristica che gli deriva dall'elemento dell'interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento, diverso da quello del ripristino dell'ordine giuridico e che giudici e commentatori da sempre affermano¹⁸.

In sostanza l'invalidità dell'atto, che pure è la ragione che innesca e dà causa alla reazione dell'amministrazione, è stata configurata come elemento necessario ma non sufficiente all'eliminazione dello stesso, essendo quest'ultima rimessa ad una valutazione dell'autorità circa la convenienza, sotto il profilo dell'interesse pubblico ulteriore, per cui, come prontamente osservato, «la nozione di annullabilità o invalidità in senso stretto non esige, ma esclude la necessità giuridica dell'annullamento dell'atto invalido»¹⁹. La stessa lettera della norma oggi statuisce che il provvedimento “può” e non “deve” essere annullato. Entra così in gioco un profilo di opportunità che comporta una sovrapposizione con l'istituto della revoca, creando problemi di ordine sistematico, e offusca la concezione dell'annullamento come rimedio innanzitutto ad una situazione patologica, che si ritiene essere non solo il suo tratto identificativo e distintivo rispetto all'altra figura giuridica richiamata, ma soprattutto ciò che giustifica un'esigenza di tutela maggiore dell'affidamento del destinatario dell'atto annullato.

Questo è un primo aspetto che induce a interrogarsi sul valore della legalità, posto che il suo ripristino risulta meramente eventuale essendo subordinato al riscontro da parte dell'amministrazione di un ulteriore interesse pubblico. Non si vede come si possa negare infatti, che in uno stato di diritto,

¹⁸Cfr. R. RESTA, *L'annullamento di ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in *Il Foro amm.*, 1937, I, p. 121 ss.; P. BODDA, *Sull'obbligo di annullare d'ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi* (nota a Cons. St., sez. IV, 24 settembre 1941, nn. 303-304), in *Il Foro amm.*, 1942, I, p. 3 ss.; A. C. JEMOLO, *L'interesse come presupposto dell'annullamento di atti illegittimi*, in *Foro it.*, 1931, III, p. 1113 ss., che sottolinea il ruolo garantistico dell'ulteriore interesse pubblico; R. RESTA, *L'annullamento di ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in *Il Foro amm.*, 1937, I, p. 121 ss.; A. DE VALLES, *Annullamento d'ufficio e interesse pubblico*, in *Foro it.*, 1951, III, p. 228 ss. Per una rassegna su come la giurisprudenza ha valutato inizialmente la sussistenza del pubblico interesse e dei casi in cui essa non ne ha richiesto invece la presenza vd. F. GARRI, *Il pubblico interesse all'annullamento d'ufficio ed il decorso del tempo (Rassegna di giurisprudenza 1950-1963)*, in *Foro amm.*, 1964, III, p. 175 ss. Si veda anche MASCI, *In tema di annullamento di ufficio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, III, 259. Per la giurisprudenza più recente si vd. Sentenza Cons. St., Ad. Pl., 11 settembre 2020, n. 18 che individua nel carattere vincolato dell'istituto della decadenza in senso pubblicistico uno dei tratti distintivi dello stesso rispetto all'annullamento d'ufficio.

¹⁹ E. CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento* cit., p. 490.

quello alla legalità e quindi alla legittimità degli atti costituisca l'interesse pubblico per definizione. In ogni caso, stante in particolare la lettera della norma e al di là di specifiche ipotesi in cui l'annullamento è stato ritenuto dovuto dalla stessa giurisprudenza, risulta difficile riconoscere la c.d. doverosità dell'annullamento, tesi che peraltro di recente ha frequentemente interessato gli studiosi ponendo dubbi e spunti affatto pretestuosi, anzi meritevoli di attenzione per ulteriori eventuali sviluppi.

Per quanto riguarda il fattore tempo, si è ben rilevato come esso incida sotto un duplice profilo, avendo il decorso del tempo da un lato l'effetto di condizionare notevolmente lo spazio di discrezionalità che compete all'amministrazione circa la scelta se fare o meno ricorso all'annullamento, dall'altro esso interferisce sulla complessa questione circa la decorrenza degli effetti dell'annullamento²⁰. A tale ultimo proposito si ritiene che, ai fini della tutela dell'affidamento, è stata troppo poca, fino ad ora, l'attenzione rivolta nel nostro ordinamento al secondo profilo rispetto al primo, in termini di adeguatezza della tutela dell'affidamento. Anche alla luce degli orientamenti della giurisprudenza europea, parrebbero, infatti, maturi i tempi per procedere ad una coraggiosa revisione del dogma della retroattività degli effetti dell'annullamento che da sempre lo accompagna.

In riferimento, invece, al primo aspetto il legislatore ha recepito fin da subito le elaborazioni giurisprudenziali prevedendo dapprima che il potere di annullamento deve essere esercitato «entro un termine ragionevole», configurando il tempo come un limite allo stesso²¹, per poi quantificare esplicitamente il termine massimo per il suo esercizio²².

Come già accennato, si è sempre ritenuto che il riconoscimento di un affidamento tutelabile fosse strettamente legato al trascorrere del tempo, secondo

²⁰ D. U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 393.

²¹ Cfr. F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, n. 2/2008, p. 425 ss. che ricorda come il dibattito sul fattore temporale si è in gran parte incentrato sulla sua natura quale fattore rigidamente ostativo e cioè estintivo del potere o invece meramente condizionante traducendosi in questo caso nella necessità di un contrapposto interesse pubblico "più spesso" perciò in grado di giustificare il sacrificio del privato.

²² Con la novella di cui all'art. 63, co. 1, l. n. 108-2021 il termine è stato ridotto da 18 a 12 mesi dall'emanazione dell'atto.

un rapporto di diretta proporzionalità per cui più tempo è trascorso dall’emanazione dell’atto più è accresciuta la meritevolezza della sua tutela. Si è, cioè, fatto riferimento al concetto di consolidamento dell’affidamento come idea in base alla quale è il trascorrere del tempo (e non, quindi, l’atto) a fondare la legittima aspettativa del diretto interessato sulla stabilità dell’atto²³.

Pare, tuttavia, a chi scrive che una tale concezione sia se non fuorviante quantomeno problematica e comunque controproducente in quanto subordinare la tutela dell’affidamento al trascorrere di un certo lasso di tempo equivale a ritenerlo sottoposto ad una specie di condizione sospensiva ciò che appare irragionevole perché in contrasto con le ragioni di sistema che in prima battuta portano a riconoscere l’esigenza della sua tutela²⁴. É altresì fuorviante perché ciò che rileva non è tanto la quantità del tempo trascorso quanto la qualità, cioè l’uso che se ne è fatto in termini di “sfruttamento” degli effetti prodotti dall’atto²⁵. Motivo per cui si è indotti a ritenere che la scelta del legislatore di apporre, per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, un termine rigido e predefinito entro cui esercitare il potere di annullamento²⁶, di

²³ Di diverso avviso sembra essere N. PEZZAGLIA, *L'autotutela nel diritto amministrativo*, in P. GIANNITI (a cura di), *La disciplina dell'autotutela*, Padova, 2010, p. 434 che nell’affermare che «Il consolidamento si distingue dall’affidamento in quanto quest’ultimo consiste nella convinzione personale del privato della correttezza e permanenza del provvedimento, mentre il consolidamento presuppone la verifica di atti direttamente esecutivi del provvedimento» richiama quella parte di dottrina secondo cui il fattore temporale determina «un riconoscimento di maggior tutela dell’affidamento del privato, che deve essere protetto indipendentemente dal grado di esecuzione che abbia avuto il provvedimento illegittimo». Si sostiene qui, invece, un problema di affidamento si abbia e cioè l’esigenza di tutela della situazione del privato, scatti solo nel momento in cui l’atto produca effettivamente i suoi effetti, dovendosi altrimenti rappresentare il potere dell’amministrazione come di mero ritiro.

²⁴ Si vd. sul punto la recente posizione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 20/2021) che afferma: “non costituisce, infine, elemento costitutivo dell’affidamento il fattore temporale, che in astratto è configurabile già al momento in cui è presentata l’istanza per il rilascio del provvedimento favorevole. Il tempo trascorso dalla sua emanazione costituisce semmai fattore che fonda l’interesse oppositivo all’esercizio del potere di annullamento d’ufficio e che peraltro, con le recenti modifiche all’art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, da originaria regola di comportamento dell’amministrazione, espressa con carattere generale dal principio di ragionevolezza del tempo in cui viene esercitato il potere di autotutela, è stato incorporato nell’ambito delle regole di validità dell’atto, attraverso la previsione di un termine massimo, ora fissato in dodici mesi” (punto 25 del considerato in diritto).

²⁵ Vd. In questo senso G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, n. 4/2002, p. 689 ss.

²⁶ Ciò è avvenuto dapprima per mano dell’art. 6, co. 1, lett. d), l. 7 agosto 2015, n. 124 che lo ha fissato in 18 mesi e, successivamente, dall’art. 63, co. 1, d.l. 31 maggio 2021, n.77 convertito con l. 29 luglio 2021, n. 108, che lo ha sostituito con un termine più breve fissato in 12

ispirazione comunque garantistica, sia funzionale ad assicurare la certezza del diritto piuttosto che la tutela dell'affidamento²⁷.

Un siffatto sbarramento temporale, che secondo alcuni è idoneo a segnare un forte cambio di paradigma tanto da determinare «l'emersione dell'affidamento come posizione incompressibile» e quindi la crisi se non addirittura la «fine dell'inesauribilità quale caratteristica intrinseca del potere»²⁸, assume un altro importante significato rispetto al principio di legalità costituendo il secondo motivo che induce a interrogarsi sul suo valore. Apporre un termine di tal genere, significa, infatti, «rendere recessivo l'interesse alla legalità dell'atto amministrativo rispetto alla stabilità dei rapporti che nel frattempo tale atto (illegittimo) ha creato»²⁹. Legalità che è invece automaticamente e astrattamente

mesi. Per un'analisi sintetica ma complessiva della riforma posta in essere dalla prima norma richiamata si vd. M. MACCHIA, *La riforma della pubblica amministrazione – sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 5/2015, p. 621 ss.

²⁷ Considerazioni in questo senso riguardanti il fattore tempo sono effettuate nell'interessante e recente studio sugli effetti della rivoluzione economica comunicativa sulla discrezionalità dell'Autore precursore della materia in esame secondo cui «la eliminazione dell'incertezza nei rapporti giuridici con la pubblica amministrazione che è uno dei principi cardine della rivoluzione economica comunicativa» e «Con tutta evidenza la compressione del tempo “a data fissa” è avvenuta sulla base della valutazione, da parte del legislatore, della incidenza di provvedimenti prima *in toto* discrezionali nel quando, sulla situazione economica ora regolata dalla rivoluzione economica comunicativa» (F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica e comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2023, p. 215 ss.).

²⁸ Rispettivamente L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, Relazione al Convegno “La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadini e p.a.”, Roma, Palazzo Spada, 20 marzo 2017 e M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, p. 189 ss. che evidenzia «Da una situazione in cui era immaginabile soltanto un esaurimento ‘in concreto’ del potere, peraltro a seconda delle valutazioni compiute dall'amministrazione in relazione alla prevalenza da accordare agli interessi confliggenti, si passa ad un contesto nel quale il potere si esaurisce sulla base di una previsione legislativa (...) e quindi a prescindere dalle peculiarità del caso concreto» per cui «la stabilità della decisione diventa un valore in sè» in quanto «il provvedimento consegue una stabilità propria, sulla base di una valutazione generale e astratta del legislatore che mette fuori gioco la discrezionalità amministrativa e quindi anche le regole di governo della stessa fondate sul canone della buona fede e correttezza». Cfr. anche A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'inannullabilità dell'atto amministrativo*, in A. RALLO – A. SCONAMIGLIO. (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione: procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali: raccolta degli atti dell'incontro di studi preliminare al Convegno annuale AIPDA 2016*, Università degli studi del Molise, Campobasso, 8-9 aprile 2016.

²⁹ G. LIGUIGNA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, p. 427. Nello stesso senso anche C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, p. 348. che sottolinea anche come tale meccanismo rigido non sia soddisfacente poiché interviene in un «contesto concreto che difficilmente si presta a ricevere

ritenuta prevalente attraverso l'inoperatività di detto limite temporale, nel caso espressamente disciplinato dal legislatore, in cui il destinatario abbia contribuito alla illegittimità dell'atto³⁰.

Sul presupposto che dal punto di vista dei valori costituzionali l'esigenza di stabilità ha pari dignità rispetto a quella di aderenza all'interesse pubblico, la complessità della fattispecie che sottostà all'esercizio del potere di annullamento risiede nel fatto che la presenza di un atto invalido crea una frattura nell'ordine giuridico la cui ricomposizione esige che allo stesso modo e con la stessa forza siano salvaguardati la legalità dell'azione amministrativa e l'affidamento del destinatario dell'atto rendendo particolarmente difficoltoso trovare il giusto equilibrio. Si ritiene, come si vedrà nel prossimo capitolo, che la strada di recente imboccata dalla giurisprudenza volta a riscontrare una responsabilità dell'amministrazione sia quella giusta sebbene, come intuibile da quanto poco sopra detto, non l'unica.

1.3 La revoca: da privilegio a funzione

La revocabilità era tradizionalmente intesa non solo come uno dei caratteri distintivi dell'atto amministrativo, rispetto in particolare agli atti giurisdizionali che sono tendenzialmente irrevocabili, ma come «l'espressione più pregnante della 'specialità' dell'amministrazione e del suo diritto», trovando giustificazione

regolazioni di questo tipo» dato che «ogni provvedimento incide su beni e interessi di rilievo disomogeneo, donde la costante necessità di una selezione dei valori da privilegiare».

³⁰ Ai sensi del comma 2-bis dell'art. 21-*nonies* «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 dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445». Occorre ricordare che è stato necessario offrire una lettura costituzionalmente orientata della norma, a salvaguardia della posizione dei terzi controinteressati, nel senso della delimitazione della richiesta sentenza passata in giudicato solo con riferimento alla seconda fattispecie. Sul punto vd. R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *fedearlismi.it*, 6 dicembre 2017. Cfr. anche Sentenza TAR Lazio, sez. II-bis, 7 marzo 2017, n. 3215.

e fondamento nella imperatività del provvedimento amministrativo³¹. La nozione di imperatività o autoritarietà, «che intende fare riferimento unicamente agli effetti giuridici prodotti», indica «la particolare forza di cui i provvedimenti amministrativi sono dotati e che farebbe sì che essi, quando anche illegittimi, facciano venire meno i diritti soggettivi» andando ad «attenuare la forza della legge in confronto dell'Amministrazione atteso che è sufficiente che questa abbia in astratto il potere di incidere sui diritti soggettivi, perché questi vengano meno anche se, nel caso concreto, non siano state osservate le modalità predisposte dalla legge per l'esercizio del potere»³².

Nello specifico, a costituire quello che appare un vero e proprio privilegio della pubblica amministrazione, retaggio dell'ordinamento pre-costituzionale in cui essa operava come apparato servente del Re, era la c.d. revoca *ad nutum*, espressione dello *ius poenitendi*, attraverso cui l'autorità aveva la c.d. facoltà di disvolere il voluto. L'amministrazione poteva, cioè, far venire meno gli effetti di un provvedimento per qualsiasi motivo, senza obbligo di motivazione né garanzie per il privato, attraverso quella che risultava essere una valutazione meramente soggettiva sul mantenimento di un atto³³.

Se questa era la originaria configurazione, al limite dell'arbitrario vien da dire, oggi le cose paiono stare in maniera molto diversa, grazie innanzitutto allo stretto collegamento effettuato con l'interesse pubblico in luogo di un interesse proprio dell'amministrazione, non più nemmeno concepibile.

Pare potersi dire che, nel processo evolutivo, significativo è stato il contributo di quella dottrina che ha fondato sulla distinzione tra atto e suoi effetti la ragione di essere della revoca laddove essa avrebbe ad oggetto il rapporto, e non l'atto da cui esso scaturisce, rispetto al quale manterrebbe una attuale titolarità (in quanto rapporto continuato) per cui la revoca si risolverebbe in una ulteriore

³¹ M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, p. 96.

³² V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, p. 912 ss.

³³ Così N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 50.

modifica *ex nunc* del rapporto³⁴. Da ciò si dovrebbe dedurre, infine, che la revocabilità non è una caratteristica obiettiva e intrinseca dell'atto ma una caratteristica estrinseca del rapporto che nasce nel momento in cui questo diventa inopportuno perché divergente con l'attuale interesse pubblico. Ed è proprio l'inopportunità sopravvenuta dell'atto che caratterizza la revoca distinguendola dall'annullamento: quest'ultimo rappresenterebbe un mezzo di eliminazione dell'atto per un vizio iniziale (sia esso di legittimità o di c.d. merito) mentre la revoca si configura come strumento di eliminazione di un rapporto viziato da inopportunità. L'avvalersi dell'espressione vizio di merito idonea ad esprimere una sua attitudine invalidante, potrebbe indurre a rilevare una contraddittorietà nel ragionamento se da ciò si facesse discendere che la revoca, come l'annullamento, ha ad oggetto un atto invalido (se pur nel merito e non di legittimità)³⁵.

Ma, ad avviso di chi scrive, la distinzione atto/rapporto, insieme ad una concezione del c.d. vizio di merito, più che inopportunità rispondente a principi non giuridici, come mancata rispondenza del rapporto all'interesse pubblico concreto, consente di superare la suddetta apparente contraddittorietà, laddove se da un lato appare francamente innegabile ritenere invalido un atto contrario all'interesse pubblico per cui se l'inopportunità fosse originaria il rimedio sarebbe da individuarsi nell'annullamento, dall'altro la sopravvenienza dell'inopportunità del provvedimento non può che misurarsi, in realtà, con riferimento ai suoi effetti e non al provvedimento in sé. In questo senso la revoca fa questione del rapporto (ad efficacia durevole, come si esprime la norma oggi) e non dell'atto e il suo «collegamento con la funzionalità amministrativa ne determina la definitiva fuoriuscita dall'area dell'autotutela»³⁶.

Nelle pagine iniziali si è cercato di evidenziare che quella di creare certezza giuridica è una caratteristica propria degli atti pubblici e che, d'altro

³⁴ R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956.

³⁵ Inopportunità e invalidità sono chiaramente intesi in termini di contrapposizione da F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 584 secondo cui l'opportunità «non è requisito di validità dell'atto. La inopportunità può condurre alla revoca dell'atto anche in via di pronuncia giurisdizionale. Ma tanto più non è motivo di invalidità, che mentre questa opera *ex tunc* (della data dell'atto) la inopportunità opera *ex nunc* (dalla data della revoca), almeno per tutti gli effetti giuridici non favorevoli al cittadino».

³⁶ N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*. cit. p. 487.

canto, teoricamente la certezza è effettiva solo se è accompagnata dalla stabilità. Sennonché, si è anche dato conto del fatto che al giorno d'oggi il valore della stabilità, come cristallizzazione insostenibilmente rigida dell'assetto degli interessi giuridicamente rilevanti, pare aver ceduto il passo a quello della flessibilità, in risposta alle esigenze di governo dei cambiamenti, sempre più frequenti e veloci e cifra inarrestabile della post-modernità³⁷.

Ebbene, l'attuale disciplina della revoca, quale potere con cui l'amministrazione, in ragione di presupposti oggettivamente valutabili, ha facoltà di impedire il prodursi di ulteriori effetti di atti ad efficacia durevole non più rispondenti all'interesse pubblico, sembra idonea a porsi come emblema di suddetta rappresentazione. Stante il cambiamento come elemento fisiologico che è nella natura delle cose, la revoca, a differenza dell'annullamento d'ufficio, non costituisce un rimedio ad una situazione patologica, ma una reazione necessaria al naturale mutamento dell'assetto degli interessi, contribuendo alla creazione di un sistema elastico e flessibile, in grado di adattarsi all'avvicinarsi di nuovi interessi pubblici concreti. Nel fatto che la revoca «non è un intervento demolitorio nei confronti di un atto a struttura viziata ma è strumento di riesercizio della funzione» sta la profonda differenza col potere di annullamento d'ufficio, per cui la revoca costituisce un istituto essenziale per la realizzazione da parte della pubblica amministrazione delle sue finalità istituzionali (il perseguimento dell'interesse pubblico) e non può che essere ricostruita in chiave di amministrazione attiva³⁸.

³⁷ F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in www.federalismi.it, n. 8/2017 rileva la tendenza, rispetto almeno alla legge e alla sentenza, «alla dequotazione del valore di certezza e di stabilità proprio di tali atti» laddove invece riscontra una controtendenza nel caso dell'attività amministrativa che sarebbe interessata da irrobustimento e irrigidimento quanto al livello di stabilità e certezza, ciò che, peraltro, risulterebbe singolare alla luce del fatto che «l'atto amministrativo è stato sempre strutturato come quello caratterizzato dal più basso valore di resistenza alla modificabilità e dalla massima flessibilità possibile della decisione».

³⁸ A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. C. DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, pp. 215-226. Nello stesso senso S. VASTA, *I procedimenti di revisione*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 2006, p. 332 che arriva perfino ad affermare, forse discutibilmente, che «Non vi è alcuna differenza tra amministrare e 'rivedere', tra attività di primo grado e riesame dal punto di vista della natura del potere. La circostanza che ci sia un atto amministrativo precedente non necessariamente deve portare alla conclusione che la revoca sia un

Si è notato come il potere di revoca, così inteso, intercetta il principio di efficacia dell'azione amministrativa – e quindi il buon andamento - che, «nell'accezione di adeguatezza, indica proprio l'idoneità dell'atto a tradurre in risultati concreti i “fini” individuati dalla legge» contribuendo a quella costruzione dell'immagine della p.a. di tipo oggettivo-funzionale³⁹. La costante necessaria conformità all'interesse pubblico a cui risponde la revoca comporta punti di contatto anche con un altro principio, quello di continuità dell'azione amministrativa in forza del quale qualcuno ha sostenuto che si dovrebbe ragionare in questi termini piuttosto che in quelli di riesercizio, espressione che presuppone uno iato, una interruzione laddove, invece, «non dovrebbe enfatizzarsi una netta separazione fra procedimenti di primo e di secondo grado», essendo più corretto affermare che la funzione non si rieserciti ma continui nel riesame del fatto e del rapporto⁴⁰.

Tutto ciò detto, però, non vale anche in questo caso a escludere la necessità di una certa cautela nell'utilizzo di questo strumento poiché resta fermo, si ritiene, che, se la produzione degli atti è fenomeno normale e generale, il ritiro di questi, anche laddove configurato in termini fisiologici, rimane fenomeno particolare ed eccezionale. Questo lo si può affermare prendendo in considerazione, anche in questo caso, le conseguenze dell'esercizio di tale potere sulla posizione giuridica soggettiva del privato. Già tempo addietro, infatti, si era ben consapevoli che «l'interesse pubblico non si raggiunge se non attraverso una

atto di secondo grado, quanto piuttosto alla conclusione che la revoca è espressione di potere discrezionale che non ha nell'atto precedente alcun limite se non quello della coerenza rispetto al giudizio di opportunità che deve essere svolto rispetto ad esso».

³⁹ M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, p. 125.

⁴⁰ Così A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, p. 81. Si ritiene però che una tale ricostruzione non colga a pieno il fatto, pur rilevato dall'autore, che il riesame si innesta su un assetto di interessi prodotto dall'atto di primo grado, «che hanno creato una situazione di fatto diversa rispetto a quella presente all'epoca della prima decisione» trattandosi, dunque, «di un mutato scenario, in cui certe posizioni possono essere rafforzate» ciò che si ritiene caratterizzante del potere in esame (p. 157). Cfr. anche F. PAPARELLA, voce *Revoca* (dir. amm.), in *Enc.Dir.*, 1989 p. 204 ss. e C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007, p. 116 che sottolinea: «il principio di continuità “esprime una necessità di irrevocabilità dell'atto a situazioni immutate, e un'irrinunciabilità della revoca qualora sopravvenga una modifica oggettiva della situazione di fatto».

congrua protezione dell'individuale»⁴¹. L'esaltazione del profilo funzionale si fonda su una più attuale concezione del potere che, se ripensato in termini di doverosità, non rimanda più all'idea di imposizione ma a quella di servizio quale «concetto che, anche in un significato laico, rimanda alla massima valorizzazione dell'interesse del soggetto» destinatario della funzione⁴².

Sotto questo profilo, l'attuale disciplina legislativa della revoca, anch'essa risultato delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sempre più calibrate sulle esigenze di tutela dell'affidamento, sembra apprestare un equilibrio idoneo a garantire in egual misura le ragioni dell'interesse pubblico e quelle dell'interesse del privato⁴³. Non solo, infatti, la "revoca-ripensamento", pur mantenuta, è stata limitata dal legislatore che l'ha esclusa con riguardo ai provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e la "revoca-sopravvenienza" è stata subordinata a condizioni più rigorose essendo ammissibile solo nel caso in cui il mutamento dello stato di fatto non fosse prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento⁴⁴, ma è espressamente previsto l'obbligo

⁴¹ C. VITTA, *La revoca degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1930, IV, p. 1 ss. che dà conto delle considerevoli eccezioni alla regola della revocabilità. Gran parte della dottrina era impegnata nell'individuazione di limiti a tale poteri, per cui, ad esempio, si ritenevano irrevocabili quelli «che abbiano generato effetti giuridici favorevoli a terzi, in quanto per disposizione di legge o per loro natura, questi effetti non possono sopprimersi ad arbitrato» e gli «atti amministrativi che hanno prodotto diritti quesiti in senso stretto, cioè pretese legittime e prestazioni» (F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1921, p. 65).

⁴² S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, p. 861 ss.

⁴³ Invece, secondo il Consiglio di Stato «non vale, di per sé, la previsione della debenza di un indennizzo ai privati danneggiati dalla revoca a compensare gli squilibri regolativi sopra segnalati» occorrendo «un'esegesi e una applicazione della disposizione in esame che siano coerenti con i principi generali dell'ordinamento della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione e del buon andamento dell'azione amministrativa (che ne implica a sua volta l'imparzialità e la proporzionalità che conduce ai seguenti canoni ermeneutici: a) la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario dev'essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare; b) non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario; c) le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario; d) la motivazione della revoca dev'essere profonda e convincente, nell'esplicitare non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole» (Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026).

⁴⁴ Tali limitazioni sono state adottate con l. 11 novembre 2014, n. 164, di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 133. Sulla portata della riforma anche in termini di tutela del privato si vd. G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è*

dell'indennizzo «in caso di pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati». La previsione espressa di una compensazione economica del sacrificio del privato, al di là delle perplessità suscitate dalla disposizione che nel caso di revoca di atti negoziali parametrata la misura dell'indennizzo al solo danno emergente⁴⁵, è stata letta dai più come la definitiva consacrazione della tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti del potere amministrativo, configurandosi come contrappeso, più che come limite, all'ampia discrezionalità dell'amministrazione, idoneo a tutelare direttamente il privato⁴⁶. Una lettura che si ritiene di condividere in ragione del fatto che, sebbene la stabilità non possa oggi costituire un valore assoluto ciò non significa che, sia astrattamente che concretamente, non possa costituire una caratteristica non solo auspicabile ma fondante una ragionevole aspettativa del privato che, se delusa in modo dannoso, dia luogo ad un altrettanto ragionevole ed adeguata compensazione⁴⁷. In sostanza, l'indennizzo, tradizionalmente inteso come ristoro per danno da attività lecita (laddove la liceità giustifica un *quantum* minore rispetto al risarcimento) è

davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015.

⁴⁵ Cfr. M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, in *federalismi.it*, 2017. Secondo alcuni questa previsione avrebbe una valenza "moralizzatrice" mirando "a responsabilizzare anche il privato, il quale, essendo spesso vera parte «forte» di una negoziazione effettiva con l'amministrazione, non deve in tal caso avere *chances* di ulteriormente avvantaggiarsi nell'ipotesi di ripensamenti del soggetto pubblico» (E. CASETTA, come richiamato da P. GOTTI, *Osservazioni in tema di revoca degli atti amministrativi dopo le leggi n. 15/2005 e n. 40/2007*, in *Dir. amm.*, n. 3/2009, p. 691 ss.).

⁴⁶ Si vd. sul punto G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, che propone, invece, la tesi secondo cui l'ordinamento non intende garantire con l'indennizzo la pretesa autonoma all'affidamento, distinta dalla posizione soggettiva sottostante, essendo quest'ultima in realtà l'oggetto della garanzia, fondata sul provvedimento originario, se e nella misura in cui essa sia lesa dal provvedimento di autotutela. Ciò si ricaverebbe dalla non configurabilità (che però all'interno del ragionamento pare essere presunta e non dimostrata) «di una pretesa a mantenere nel tempo il bene assegnato mediante un provvedimento amministrativo di durata», dalla necessità della prova del danno da essere accertato in relazione al bene, la non rilevanza del fatto tempo, dalla giurisprudenza sul *quantum* dell'indennizzo e dal parallelismo con alcuni provvedimenti di primo grado. Cfr. anche A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. C. DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, che ha «l'impressione che l'indennizzo sia stato introdotto, più che per risolvere l'antico problema della tutela delle posizioni favorevoli, per creare un regime omogeneo e non discriminatorio tra revoca e recesso dall'accordo».

⁴⁷ D'altronde la stabilità degli effetti dell'atto è valore perseguito dall'ordinamento come si desume dal regime dell'annullabilità e dell'inoppugnabilità che impongono brevi termini di decadenza dell'azione. Cfr. C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007, p. 20.

strumento atto a garantire direttamente l'affidamento nel privato perché sposta il “costo della instabilità”, che ovviamente si ha solo se c'è un pregiudizio in concreto altrimenti non si porrebbe nemmeno alcuna questione, dal privato all'amministrazione⁴⁸. D'altronde quando si fa questione di affidamento si tratta di ripristinare il corretto equilibrio tra gli interessi in gioco, rotto dal fatto che si è intervenuti due volte su una determinata vicenda. Ciò che spiega come in questo ambito «il conflitto autorità-libertà è apparso in termini di maggiore gravità per la necessaria prevalenza di uno dei due interessi di segno diverso ed il conseguente sacrificio dell'altro»⁴⁹.

2. *L'imprescindibile esigenza di responsabilizzazione dell'amministrazione alla base dei nuovi modelli di tutela*

2.1 *La tecnica del bilanciamento: una “non” tutela*

Si è visto come il tema dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione è fortemente legato alla sensibilità giuridica dei tempi in cui viene in rilievo, come dimostra l'importanza esponenziale assunta a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso. A questo proposito è bene ribadire che il principio di affidamento coinvolge il tema della “cittadinanza amministrativa” quale nozione qualificata nei rapporti con i pubblici poteri e che la ricezione della sua tutela «rappresenta un elemento di un modello culturale più avanzato» correlato a tale nozione, «ma proprio per questo appare confermata l'esigenza che

⁴⁸ Nello stesso senso G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi dei privati*, Milano, 2013, pp. 289-290.

⁴⁹ A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, p. 23.

la sua tutela venga verificata sul piano concreto dei rapporti giuridici, più ancora che sul piano astratto delle proclamazioni solenni dei principi»⁵⁰.

Si è anche visto come l'atteggiamento del legislatore si è dimostrato da un lato "passivo" nel recepire sostanzialmente in toto gli insegnamenti della giurisprudenza, dall'altro "arraffazzonato" nel tentativo di metterci del suo nell'apposizione di maggiori limiti e contrappesi all'esercizio dei poteri di riesame. Proprio l'andamento della recente evoluzione del diritto positivo in termini di continui rimaneggiamenti e aggiustamenti dà conto di una realtà delle cose di cui la maggior parte della dottrina e, come si vedrà, la stessa giurisprudenza, sono già da tempo consapevoli. Ci si riferisce alla evidente insufficienza della tutela ponderativa nel fornire una protezione effettiva ed adeguata al privato che si veda annullare un atto favorevole pienamente efficace e dunque idoneo a generare affidamento.

In particolare, tale inadeguatezza si riscontra rispetto a tre profili di tipo sia sostanziale che processuale, alcuni dei quali già menzionati.

Innanzitutto, la mancanza di quella autonomia e dignità concettuale che gli deriva dal suo inserimento nella logica della discrezionalità amministrativa; come diretta conseguenza di questa considerazione discende, poi, la limitazione all'azione impugnatoria, che si sostanzia in una «rinuncia ad una garanzia effettiva dell'affidamento»; infine, sempre in una logica consequenziale, il sostanzarsi della tutela nel controllo da parte del giudice sulla completezza dell'istruttoria e della motivazione, circa il rispetto del canone di proporzionalità nel sacrificio imposto al privato, che nulla aggiunge alla normale tutela della posizione soggettiva del privato nei confronti dell'amministrazione⁵¹.

In definitiva, nella tecnica del bilanciamento la sintesi degli interessi contrapposti è ricercata non sul piano sostanziale, ma sul piano procedimentale, per cui, in questa impostazione, l'approdo finale del principio di affidamento nel diritto amministrativo, in modo non molto diverso da quanto accade per il diritto costituzionale, non è la garanzia di un risultato favorevole al cittadino in

⁵⁰ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2018, p. 120 ss.

⁵¹ I profili richiamati sono così messi in ordine in modo chiaro da G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, p. 29.

conseguenza dell'affidamento, rappresentando quest'ultimo null'altro che in una variabile del procedimento decisionale e assumendo, dunque, un valore solo relativo⁵². La tutela ponderativa, non aggiungendo nulla alla salvaguardia della posizione del privato rispetto alla dinamica dell'interesse legittimo, col quale anzi finisce per confondersi⁵³, nega autonomia concettuale all'affidamento e di conseguenza anche una specifica ed adeguata tutela.

Pare, dunque, oggi acclarata la obsolescenza e inadeguatezza della tecnica del bilanciamento degli interessi di fronte all'esigenza sempre più forte di apprestare una tutela che sia davvero tale nei confronti dell'affidamento, quale baluardo, nella sua immanente e più volte sottolineata dimensione relazionale, di un rapporto tra amministrazione e cittadino rispondente al migliore equilibrio rispettivamente tra le istanze sottese all'esercizio della funzione e a quelle di libertà. Ciò che, nel caso dell'annullamento d'ufficio pare non essere garantito dalla tutela ponderativa poiché essa determina che il costo della eliminazione dell'atto illegittimo sia sopportata in modo sproporzionato dal suo destinatario, laddove al suo sacrificio, pur inevitabile di fronte alla rilevata prevalenza dell'interesse pubblico, non corrisponda una adeguata compensazione in termini economici. I limiti di questo modello di tutela stanno tutti nel fatto che, lungi dall'apprestare l'equilibrio invocato, si traduce in una lettura del confronto fra i due interessi in gioco, meritevoli di tutela in egual misura dato il valore sistemico di entrambi, in termini di alternatività/esclusione in cui l'individuazione di quello prevalente determina necessariamente la totale soccombenza dell'altro. Se ciò è cosa normale e ragionevole nella dinamica di adozione del provvedimento di primo grado, lo stesso non può dirsi di quelle fattispecie in cui tale atto non solo è venuto ad esistenza ma ha dispiegato pienamente la propria efficacia.

D'altro lato, dal punto di vista opposto, per la dinamica escludente appena accennata, non si possono sottacere nemmeno i dubbi circa l'adeguatezza della

⁵² Così A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino* cit. p. 120 ss. che sottolinea: «In questo modo, ogni manipolazione diventa più agevole, perché agli interessi non corrisponde più un 'peso', un 'valore' sostanziale definitivo dalla legge, ma corrisponde solo un elemento formale, costituito dalla presa in considerazione ai fini di un bilanciamento. Se tutto è passibile di bilanciamento, la garanzia non è più di contenuto, ma è solo nelle modalità del procedimento».

⁵³ Questo, peraltro, è più o meno vero a seconda che si aderisca ad una concezione strumentale ovvero sostanziale dell'interesse legittimo.

tutela ponderativa dal punto di vista dell'interesse al ripristino della legalità. Suona come una nota stonata, all'interno di uno Stato di diritto fondato sul principio democratico, l'attribuzione alla stessa amministrazione che ha emanato l'atto illegittimo della facoltà di rendere recessivo il valore della legalità, unico perimetro in cui, per disegno costituzionale, essa stessa ha ragione di esistere e agire.

Insomma, molte sono le criticità che disvela anche l'attuale configurazione del potere di annullamento d'ufficio, che, così concepito, fatica a trovare una pacifica collocazione all'interno dell'attuale sistema. Rispetto ad esso sono, infatti, percepibili i suoi "connotati eccentrici" che gli derivano dal suo essere uno strumento di fatto ancora ambiguo e per questo in parte disfunzionale, ma anche forse da una mancata armonizzazione con gli altri mezzi predisposti dall'ordinamento che giungono allo stesso risultato⁵⁴.

È per tutti questi motivi che questo istituto rimane al centro dell'attenzione sia degli studi amministrativistici che proprio negli anni recenti stanno percorrendo nuove rotte interpretative nel tentativo di ricondurlo finalmente a sistema, sia della giurisprudenza che in questo campo ha dato sfoggio del suo lato creativo nel perseguimento di quello che, come già detto, oggi è un risultato ormai indispensabile: il riconoscimento di una vera e propria responsabilità dell'amministrazione, economicamente apprezzabile. Il percorso verso questo riconoscimento, pur effettivamente intrapreso e concretizzato dai giudici, non è affatto semplice né lineare. Soprattutto, il dibattito dottrinale e lo sforzo dell'autorità giudiziaria sia ordinaria che amministrativa volti a fondare le basi di una tutela riparatoria a protezione dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, ha potuto prendere avvio solo in tempi relativamente

⁵⁴ Espressione usata con particolare riferimento all'ambito di talune legislazioni speciali da M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Rivista giur. urb.*, 2016, p. 99 ss. ma che in generale evidenzia sia «l'ambiguità del potere di annullamento d'ufficio, visto che 'non è affatto chiaro perché il principio di legalità debba implicare che si riconosca all'amministrazione una particolare autorità nel decidere se un atto che essa prima riteneva legittimo sia in realtà illegittimo» sia come «proprio la coesistenza del potere d'annullamento d'ufficio con il potere di annullamento giurisdizionale e con il potere di annullamento in sede di ricorso amministrativo rende problematica la sua esistenza, specie se si considera la giurisprudenza incline a riconoscere svariate ipotesi di interesse pubblico in *re ipsa* all'annullamento che rivitalizzano la mera funzione di ripristino della legalità che l'autotutela ha originariamente avuto».

recenti e cioè solo dopo l'irruzione della storica Sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, e i successivi adeguamenti normativi, con cui si è definitivamente affermata la tutela risarcitoria degli interessi legittimi lesi da un esercizio illegittimo del potere da parte della pubblica amministrazione. Questo è stato lo spartiacque fondamentale che ha consentito di iniziare a ragionare di una tutela riparatoria anche per l'affidamento nei confronti dell'amministrazione, laddove prima essa era difficilmente immaginabile. Un cambio di paradigma che, tuttavia, non è stato così immediato, automatico e nemmeno sempre effettivo trovandosi a dover fare i conti con la resistenza di certi dogmi processuali e meccanismi di competitività istituzionale non sempre salutari che hanno impegnato giudici e legislatore e che in questa sede si possono solo sinteticamente richiamare.

In sostanza, occorre tenere presente che le difficoltà, che peraltro rispecchiano la specificità della situazione, di riconoscere l'azione di risarcimento del danno in capo al destinatario di un provvedimento favorevole poi annullato e quindi di apprestargli una tutela effettiva derivano dal combinarsi di una serie di punti fermi posti dall'ordinamento processuale e dalla giurisprudenza costituzionale quali: l'impossibilità per il destinatario dell'atto favorevole annullato di accedere direttamente alla tutela costitutiva per mancanza di interesse a ricorrere; la possibilità solo eventuale di accedere alla tutela riparatoria come controinteressato laddove sia stato proposto giudizio di impugnazione da parte del soggetto nei cui confronti il provvedimento aveva prodotto effetti sfavorevoli; la difficoltà di inquadramento della responsabilità da imputare all'amministrazione stante la mancanza del consueto collegamento tra l'invalidità dell'atto e il sacrificio di un corrispondente interesse sostanziale; la storia infinita della c.d. pregiudiziale amministrativa che per quanto riguarda il risarcimento degli interessi legittimi pare essere "rientrata dalla finestra" in una nuova veste sostanziale e non più formale attraverso il disposto del co. 3 dell'art. 30 c.p.a.⁵⁵.

⁵⁵ Cfr. Ad. Pl. Cons. St., 23 marzo 2011, n. 3. Per un approfondimento su quest'ultimo tema si rimanda a P. POZZANI, *Premesse per uno studio sulla pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 3/2016, p. 365 ss.; G. URBANO, *La pregiudiziale amministrativa tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione*, in *Foro amm. T.A.R.*, n. 11/2004, p. 3582 ss.; C. FELIZIANI, *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione*

A fronte del già complicato quadro in cui si inserisce la questione della responsabilità delle pubbliche amministrazioni, il tema della tutela risarcitoria dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione incontra delle criticità specifiche e ulteriori.

Da un lato, la questione del riparto della giurisdizione, che presuppone la previa risoluzione di un altro dilemma, che sta alla base di tale riparto, e cioè quello della natura della situazione giuridica soggettiva di colui che vede leso il suo affidamento, si è dimostrata in questo ambito particolarmente 'accesa'. Dall'altro la tutela dell'affidamento su atto favorevole illegittimo poi annullato, contiene quel "nodo" immanente dato proprio dalla «scissione tra illegittimità del provvedimento e soddisfazione della posizione del privato» che comporta «la difficoltà di proteggere un interesse privato che è intrinsecamente contraddittorio, perché si fonda su un atto di un'autorità pubblica, per di più divenuto inoppugnabile, ma è, al contempo, un interesse che, in base alla legge, non avrebbe dovuto essere soddisfatto»⁵⁶.

Come si vedrà in realtà questa contraddittorietà è solo apparente, potendo essere superata attraverso una lettura tutta pubblicistica dell'affidamento che delimiti la sua autonomia concettuale rispetto all'interesse legittimo pur rimanendo strettamente collegata all'esercizio del potere. Una tale prospettiva non comporta che il danno sia sempre risarcibile in conseguenza del solo fatto della illegittimità dell'atto, ma che le ragioni dell'eventuale irrisarcibilità non siano da ricercarsi nella non spettanza del bene della vita bensì altrove.

2.2. La difficoltosa emersione del danno da lesione dell'affidamento

Come accennato sul finire del paragrafo precedente, la difficoltà di fornire una tutela riparatoria in caso di lesione dell'affidamento è primariamente legata

risarcitoria: una questione interna alla giurisdizione amministrativa, in *Foro amm. CDS*, n. 1/2010, p. 173 ss.

⁵⁶ G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, p. 118.

alla peculiarità della fattispecie in cui è intrinsecamente difficile riscontrare il requisito di ingiustizia del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁵⁷. L'argomento principale a sostegno della irrisarcibilità del danno da affidamento è che «non è ipotizzabile che vi sia una posizione di vantaggio che possa essere acquisita e mantenuta anche se è frutto di un'attività illecita o comunque contrastante con il diritto» in quanto «se l'atto favorevole è un atto illegittimo, evidentemente la posizione di vantaggio non è mai stata attribuita e la medesima non può essere mantenuta né la sua perdita può essere risarcita»⁵⁸. Tale assunto che, come accennato, si basa su una concezione che riduce l'affidamento alla dinamica dell'interesse legittimo e che pare inspiegabilmente in contrasto col principio di efficacia degli atti amministrativi, ha trovato conferme anche in pronunce giurisprudenziali recenti da cui si evince l'andamento altalenante del processo evolutivo che ha interessato questo ambito⁵⁹.

Ciò detto, pietra miliare in senso pioneristico nel percorso che ha portato al riconoscimento di una tutela dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione di tipo riparatorio è rappresentata dalla giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione riconducibile alle c.d. ordinanze gemelle del 2011 in cui il supremo consesso è stato chiamato a pronunciarsi sul regolamento preventivo di giurisdizione in casi in cui si faccia questione non dell'esercizio illegittimo del potere, ma si agisca per il risarcimento dei danni

⁵⁷ Questa criticità è ben messa in luce da Cass. Civ., ss. uu., 4 Settembre 2015, n. 17586: «l'azione non può dirsi avere ad oggetto un danno ingiusto di tal genere, perché detta lesione supponeva e suppone la mancata soddisfazione dell'interesse alla consecuzione del provvedimento attraverso un agire illegittimo della p.a. che invece non vi è stato. L'interesse legittimo che era risultato soddisfatto dal provvedimento illegittimo, risulta a posteriori, una volta che esso sia rimosso, insoddisfatto legittimamente e, dunque, senza che si configuri alcuna sua lesione ex art. 2043 c.c.» (punto 8.3 del considerato in diritto).

⁵⁸ C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, p. 564 ss.

⁵⁹ Il riferimento è a Cons. St., Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183 che ha destato forti perplessità in punto di ragionamento sulla corresponsabilità che chiama in causa l'art. 1227 c.c. In riferimento a quest'ultima disposizione, infatti, il Consiglio di Stato si è reso autore di un capovolgimento di prospettiva (dalla causalità all'ingiustizia) con cui ha di fatto trasformato una norma volta a regolare il *quantum* del risarcimento una norma attraverso cui valutare l'*an* dello stesso. Nel ritenere, infatti, che astrattamente il danno da provvedimento illegittimo favorevole sia sprovvisto del requisito della ingiustizia *sempre* e cioè per il solo fatto che con l'azione risarcitoria si vuole tutelare un bene della vita che non spetterebbe in base ad un esercizio del potere *secundum ius*, l'accertamento causale in punto di corresponsabilità sulla base dell'art. 1227 passa in secondo piano.

lamentati per lesione dell'affidamento a causa del legittimo annullamento di atto favorevole.⁶⁰

Ed è proprio dalla prima di queste fondamentali pronunce che emerge innanzitutto il condizionamento che la questione di giurisdizione perpetra su quella della risarcibilità del danno subito dal destinatario di un provvedimento favorevole poi annullato. Infatti, dopo aver rilevato che, stante la giustezza dell'annullamento d'ufficio per la riscontrata illegittimità del provvedimento di primo grado, il destinatario dell'atto non può invocare davanti al giudice amministrativo né la tutela demolitoria (rispetto al quale non ha interesse processuale, laddove se fosse rilevata l'illegittimità non potrebbe più invocare lo *ius aedificandi*) né quella risarcitoria ad essa consequenziale, non costituendo questa una autonoma ipotesi di giurisdizione esclusiva⁶¹, per riconoscere la fondatezza della sua pretesa e, dunque, la meritevolezza della relativa tutela, la Corte, nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario, si rende autrice di una assimilazione la cui forzatura appare piuttosto evidente⁶².

⁶⁰ Trattasi delle ordinanze Cass. Civ., ss. uu., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596. Le controversie riguardavano rispettivamente: il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato da una concessione edilizia poi annullata in via di autotutela ma sulla base della quale era stata intrapresa l'attività edificatoria; il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta da un privato per valutare la convenienza di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata; il risarcimento dei danni lamentati dall'aggiudicatario di una gara per l'appalto di un pubblico servizio, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo.

⁶¹ Come statuito da sentenza Corte cost., n. 281/2004. Il presupposto della proponibilità dell'azione risarcitoria avanti al giudice amministrativo è il suo stretto legame con il previo esperimento di quella di impugnazione dell'atto illegittimo («rispetto al quale nessun interesse ad ottenerne la rimozione sarebbe configurabile in capo a chi assume di aver subito il danno», che anzi aveva agito presumendone la legittimità) come meglio precisato nella seconda delle ordinanze gemelle (n. 6595): «Il presupposto perché si possa predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, tuttavia, anche nel caso in cui l'azione di danno venga svolta autonomamente e successivamente rispetto alla domanda volta alla rimozione del provvedimento illegittimo, è che il danno di cui si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo. In altri termini, perché possa affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad una domanda di danni è necessario che la causa petendi dell'azione di danno, tanto se introdotta contestualmente all'azione demolitoria, quanto nel caso in cui venga introdotta successivamente, sia la illegittimità dell'agire della pubblica amministrazione. Invero, come si è prima rilevato, la giurisdizione amministrativa postula una controversia sulla legittimità o no dell'agire autoritativo della pubblica amministrazione».

⁶² Un monito su questo punto è lanciato anche da G. MANNUCCI, *L'affidamento* cit. p. 39 che evidenzia «La tendenza dei giudici a manipolare le categorie concettuali e a imprimere una

Affermano i giudici che il provvedimento che aveva concesso il diritto ad edificare, legittimamente posto nel nulla perché illegittimo, non rileva più come provvedimento che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto, ma continua a rilevare esclusivamente come *mero comportamento* degli organi che hanno provveduto al suo rilascio. La Corte, che in tal modo dà il là ad un'impostazione ermeneutica che troverà consacrazione nell'ambito specifico della contrattazione pubblica, si serve di questa ricostruzione per mettere fuori gioco la giurisdizione del giudice amministrativo e per ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.⁶³. Tale interpretazione le consente di riconoscere una responsabilità dell'amministrazione, laddove in tale mero comportamento sono ravvisabili «gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento (...) di poter legittimamente procedere alla edificazione del fondo». Secondo la Suprema corte la tutela risarcitoria fondata sull'affidamento è da collocarsi sotto l'egida della giurisdizione ordinaria poiché «viene in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio dell'attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza». La Corte, in sostanza, equiparando il complesso del susseguirsi dell'attività provvedimentale dell'amministrazione al comportamento dei privati, scava un altro "canale", rispetto a quello pubblicistico, in cui va ad "insinuarsi" l'azione amministrativa e in cui solo sarebbe apprezzabile l'esigenza di tutela

torsione innaturale alle posizioni soggettive pur di assecondare una certa 'strategia istituzionale' conferma non solo la forza dei condizionamenti derivanti dal riparto di giurisdizione, ma anche l'urgenza di una rivisitazione dell'istituto che muova da più salde premesse teoriche».

⁶³ Ai sensi dell'art. 7 c.p.a., infatti, i comportamenti rientranti sotto la giurisdizione del giudice amministrativo sono solo quelli riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere, cioè che la Corte di cassazione non ravvisa nel caso di specie etichettando invece e opinabilmente l'agire dell'amministrazione in questione come comportamento *mero*.

dell'affidamento, potendo/dovendo tale azione essere interpretata alla luce di quegli stessi canoni che si applicano all'agire dei privati⁶⁴. Precisano, così, i giudici che «la parte che invoca la tutela risarcitoria non postula dunque un esercizio illegittimo del potere, consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale ma la colpa che connota un *comportamento* consistito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati (...) che hanno creato affidamento nella loro legittimità ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare». La posizione fatta valere nei casi in cui rileva l'affidamento ha, dunque, consistenza di diritto soggettivo (alla libertà di autodeterminazione negoziale⁶⁵), in grado di fondare un'autonoma pretesa risarcitoria dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, quale unica azione possibile.

Per quanto di fondamentale interesse e importanza, rinvenibile nell'aver individuato per la prima volta una specifica ipotesi di responsabilità da lesione dell'affidamento, non si è mancato di rilevare subito come questa posizione quantomeno rappresenti una «lettura riduttiva del legame potere/risarcimento» laddove «il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico» da cui coerentemente si dovrebbe dedurre che «la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo»⁶⁶.

Un primo profilo di interesse suscitato dalle pronunce in esame concerne più specificamente la natura della responsabilità da lesione dell'affidamento. A tal proposito, alcuni hanno reputato opinabile la qualificazione di tale responsabilità

⁶⁴ Questo aspetto pare ancora meglio messo in luce in una recente pronuncia della stessa Corte in cui si afferma che «la lesione, cioè, discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione» (Cass. Civ., ss. uu., 28 aprile 2020, n. 8236, punto 26 del considerato in diritto).

⁶⁵ Così lo inquadra M. PERRELLI, *Autotutela e affidamento*, in *Rassegna monotematica di giurisprudenza*, 31 dicembre 2022.

⁶⁶ A. M. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.federalismi.it, n. 7/2011.

come di tipo extracontrattuale che non terrebbe in adeguata considerazione il fatto che l'affidamento viene in rilievo quando preesiste una relazione qualificata sorta all'esito dell'esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione che ha determinato quell'affidamento, essendo, dunque, preferibile una lettura che la identifichi come «un'ipotesi di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente» alla quale sarebbe riconducibile senza particolari difficoltà, «e tanto più alla luce dell'ampiezza del sistema delle fonti di obbligazioni che emerge dall'art. 1173 c.c.»⁶⁷. Si vedrà come il dibattito sulla natura della responsabilità per danno da affidamento, funzionalizzato alla costruzione di una tutela più ampia, ha trovato forte impulso in un ambito ben delimitato dell'attività amministrativa.

Altro fattore di perplessità è stato, infine, riscontrato sotto il profilo dei «possibili contrasti fra giudicati e di coerenza complessiva del sistema della responsabilità della p.a.» laddove la soluzione adottata dalla Corte, inferendo che il «giudice competente sulla domanda risarcitoria dovrebbe essere quello ordinario, se il pregiudizio è collegato all'avvenuta adozione di un atto favorevole (che abbia ingenerato un affidamento incolpevole in capo al destinatario), perché il giudice amministrativo si occupa solo dei danni causati da un atto sfavorevole», trascura il fatto che ogni atto amministrativo produce effetti relazionali per cui «il provvedimento favorevole ad un soggetto può dunque essere sfavorevole ad altro soggetto»⁶⁸. Si concretizza, in sostanza, una «distinzione basata sull'elemento soggettivo, mentre l'oggetto della cognizione demandata al giudice è quasi del tutto identica», ciò che determina «una moltiplicazione di giudizi riguardanti un'unica vicenda, con un rischio di possibile contrasto fra giudicati»⁶⁹.

Ciò che in ogni caso lascia maggiormente perplessi nella ricostruzione della Suprema Corte è la negazione che all'origine del danno stia una vicenda riconducibile all'esercizio del potere, soprattutto nel caso in cui l'annullamento operi d'ufficio e quindi all'interno di una fattispecie in cui il momento autoritativo

⁶⁷ C. SCONAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 9/2011, p. 1749 ss.

⁶⁸ V. CINGANO, *Il danno causato da un provvedimento favorevole illegittimo: giurisdizione e risarcibilità*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 5 ss.

⁶⁹ *Ibidem*.

trova espressione non in uno ma in ben due atti amministrativi, come è nel caso della prima ordinanza⁷⁰.

Eppure questa posizione è dalla Corte ribadita, anzi meglio specificata, anche in pronunce successive dove si evidenzia, appunto, che la «questione riguarda l'apprezzamento del comportamento tenuto dalla p.a.» di cui il provvedimento costituisce un mero elemento costitutivo, subendo un vero e proprio declassamento snaturante a mero fatto storico che assume rilievo solo come circostanza oggettiva idonea a concorrere alla determinazione dell'affidamento⁷¹.

Questa lettura consente ai giudici di attribuire alla vicenda i connotati di una “fattispecie complessa” in relazione alla quale registrare l'ingiustizia del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁷².

2.3 Quali tecniche di tutela per un'amministrazione davvero responsabile? Percorsi sostanziali e processuali

Occorre, ora, soffermarsi sul tema accennato sul finire del paragrafo precedente e cioè sull'origine del danno da affidamento che la Corte, come detto, individua nella illiceità del comportamento complessivo dell'amministrazione. Il comportamento quale chiave di lettura dell'azione dell'amministrazione serve ai

⁷⁰ Sul punto occorre tenere presente che «al tempo di emanazione delle ordinanze non era ancora vigente il codice del processo amministrativo né una norma simile all'articolo 7 che, dopo aver tracciato il perimetro della giurisdizione amministrativa, stabiliva la concentrazione dinanzi al giudice amministrativo 'di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi. La negazione della giurisdizione amministrativa sulle controversie risarcitorie per danno da affidamento aveva trovato, per così dire, 'un appiglio', nelle crepe del complesso normativo previgente (...) fondandosi, essenzialmente, sull'assenza di un collegamento con l'esercizio del potere» (V. DI CAPUA., *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza Plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2022, p. 679 ss.).

⁷¹ Cass. Civ., ss. uu., 4 Settembre 2015, n. 17586.

⁷² La fattispecie complessa sarebbe costituita dalla sequenza: «dall'essere stato il provvedimento ampliativo emesso illegittimamente, dall'essere stato l'agire della p.a. nella sua adozione, in ragione delle circostanze concrete, determinativo di un affidamento incolpevole, dall'essere stato il provvedimento illegittimo rimosso (perché tale) in modo ormai indiscutibile» (*Ivi*, punto 8.3 del considerato in diritto).

giudici per riscontrare la ingiustizia del danno, elemento essenziale ai fini della tutela predisposta dall'art. 2043 c.c., e che non potrebbe sussistere in riferimento all'atto di annullamento in quanto scalzato dall'interesse al ripristino della legalità.

Ebbene, questa ricostruzione non convince poiché nega un fatto che è talmente evidente che nemmeno gli stessi giudici possono ignorare, sebbene poi di fronte a questa consapevolezza decidano di “voltarsi dall'altra parte”. Pare, infatti, innegabile che il pregiudizio derivi dalla originaria illegittimità dell'atto di primo grado, costituendo quella illegittimità la ragione immanente che rende necessaria la privazione dei suoi effetti, potendosi, dunque, affermare che ogni atto illegittimo è potenzialmente dannoso anche per il diretto interessato. È vero che il danno si realizza concretamente solo una volta che sia effettivamente intervenuto l'annullamento, ma la sua ingiustizia, che non sussiste nell'atto di annullamento, è rinvenibile in riferimento ad un momento antecedente corrispondente all'esercizio illegittimo del potere di primo grado. Si è, dunque, osservato come «la circostanza che il danno non sia immediatamente cagionato dal provvedimento – che appare legittimo – ma emerga solo dopo l'annullamento dell'atto, sia questione che attiene esclusivamente al piano cronologico», non incidendo «sulla ricollegabilità diretta del pregiudizio – sul versante eziologico, rilevante ai sensi dell'art. 1223 c.c. – all'adozione del provvedimento amministrativo»⁷³. E, in effetti, «l'idea di una 'plurioffensività' del provvedimento favorevole illegittimo – verso il terzo che lo ha impugnato e verso il destinatario che ne ha usufruito, per poi subirne l'annullamento – non è mai stata espressamente negata da dottrina e giurisprudenza, apparendo in linea con il tipo di tutela prestata dall'art 2043 c.c.»⁷⁴.

Il rilievo che assume in questi termini l'illegittimità del provvedimento di primo grado si ritiene trovi conferma nell'affermazione che l'affidamento è riposto proprio nella legittimità dell'atto, come afferma espressamente la Corte⁷⁵.

⁷³ M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in www.giustiziainsieme.it, 17 febbraio 2021.

⁷⁴ M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole – il commento*, in *Gior. dir. amm.*, n. 7/2014, p. 704 ss.

⁷⁵ Nella sua argomentazione i giudici si esprimono in questi termini «Diversa è la situazione del proprietario o di altro titolare dello ius aedificandi che ottenuta la concessione

Anzi, è proprio questa l'unica considerazione che pare trovare terreno comune nelle differenti ricostruzioni elaborate dalle due giurisdizioni in tema di affidamento. Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha infatti affermato il principio di diritto in base al quale «nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti all'esercizio del pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere (...)» tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno⁷⁶.

L'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione è inesorabilmente affidamento sull'esercizio legittimo della funzione e dunque sulla legittimità degli atti da essa posti in essere. Questo è il punto fermo da cui si ritiene debba partire ogni discorso sul tema. Esso è stato, peraltro, ribadito dalla più recente giurisprudenza della Cassazione che si è soffermata proprio ad evidenziare come tecnicamente nella domanda con cui il destinatario di un provvedimento illegittimo ampliativo della sua sfera giuridica chieda il risarcimento del danno subito a causa della emanazione e del successivo annullamento, la *causa petendi* è «la lesione dell'affidamento dell'attore nella legittimità del medesimo»⁷⁷.

Il secondo punto fermo, conseguenza del primo, è il definitivo riconoscimento che «l'effettività della tutela impone, dunque, di tenere in considerazione l'asimmetria di potere tra cittadino e pubblici poteri in tutte le

edilizia ed iniziata l'attività di edificazione sul fondo *faccia affidamento (incolpevole) sulla (apparente) legittimità dell'atto*».

⁷⁶ Cons. St., Ad. pl., 29 Novembre 2021, n. 19. Cfr. anche Cons. St., 13 agosto 2020, n. 5011 in cui si afferma che nei rapporti con l'amministrazione l'affidamento si traduce nell'aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato, che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima. Gli stessi giudici sembrano, invece, contraddirsi in Ad. Pl., n. 20/2021 dove identificano l'oggetto dell'affidamento «nell'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico» che come evidenziato da G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta e metà (nota a Cons. St., Ad. Pl., 29 novembre 2021, n. 20)*, in *Gior. dir. amm.* 2022, p. 345 ss., è cosa ben diversa poiché «nel primo caso, la consistenza della pretesa alla 'stabilità' dello *status quo* andrebbe perlomeno verificata alla luce di norme come quella sull'annullamento d'ufficio (art. 21 *nonies*, comma 2, l. n. 241/1990), che consentono alla amministrazione di rimuovere un provvedimento illegittimo: come potrebbe, infatti, riconoscersi una generica pretesa alla 'immutabilità' della situazione se la legge permette alla amministrazione di intervenire (pur entro certi limiti, anche temporali) per annullare gli effetti del provvedimento? Nel secondo caso sembra invece venire in gioco una fiducia nella parvenza di legittimità dell'atto, che porterebbe a circoscrivere le ipotesi di affidamento ai casi in cui quella presunzione di legittimità possa effettivamente predicarsi».

⁷⁷ Cass. Civ., ss. uu., 28 aprile 2020, n. 8236 (punto 24 del considerato in diritto).

ipotesi di contatto tra questi due soggetti all'interno del mercato» per cui «il rapporto tra cittadino e p.a. deve ormai essere guardato alla stregua dei rapporti giuridici asimmetrici, i quali, se proprio devono essere disciplinati da una sorta di statuto speciale, devono comunque essere regolati in maniera tale da garantire una maggiore tutela al contraente debole»⁷⁸.

Ebbene, pare che un meccanismo giuridico in grado di realizzare una effettiva responsabilizzazione, necessaria in ragione del suo essere parte forte del rapporto, sia il buon vecchio principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi. Esso è un noto «concetto della teoria generale del provvedimento nato per operare nell'ambito sostanziale» sebbene abbia avuto significativi risvolti anche sul piano processuale⁷⁹. È proprio la valorizzazione della dimensione sostanziale di questo principio, quale fondamento dell'affidamento pubblicistico, che ne consente una rilettura in chiave garantistica, opposta alla concezione tradizionale che lo accreditava come veicolo della «sacralizzazione degli atti amministrativi» in cui «il momento autoritativo dell'amministrazione trova la sua massima espressione»⁸⁰. La presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo, da concetto creato dalla risalente dottrina al fine di assicurare all'amministrazione prerogative spiccatamente autoritative (se non autoritarie), diviene «strumento di tutela dell'amministrato, che di tale presunzione si può giovare proprio al fine di pretendere il risarcimento del danno derivante da un

⁷⁸G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contratto e impr.*, n. 3/2013, p. 819 ss.

⁷⁹M. GOLIA, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di "prova privilegiata"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2/2021, p. 379 ss. che si esprime in modo critico proprio su questo sconfinamento.

⁸⁰G. MORBIDELLI, *I cinquanta anni dell'Enciclopedia del diritto*, in *Dir. amm.*, n. 3/2011, p. 499 ss. La sua naturale collocazione nell'ambito del diritto sostanziale era già messa in luce nel principale e risalente lavoro monografico avente ad oggetto questo principio in cui, in particolare, si sottolineava che la presunzione di legittimità, quale istituto di diritto amministrativo sostanziale, poggiava su talune considerazioni (di carattere sostanziale) tra cui il fatto che «L'atto amministrativo emana da una pubblica autorità, che ha il dovere di seguire la legge, è opera di funzionari particolarmente scelti e disinteressati, deve rivestire spesso determinate forme pubbliche, è sottoposto prima della sua efficacia ad una serie di controlli, è necessario quindi, di regola, l'intervento di più organi» (p. 34). A ciò si aggiunga che «Nella presunzione di legittimità sta appunto la risoluzione dell'apparente contraddizione su rilevata nell'atto annullabile, fra la mancanza dei requisiti e la possibile produzione di conseguenze giuridiche, fra illegittimità e legittimità, in quanto i requisiti mancanti si presumono legalmente come verificati, finché non intervenga un eventuale accertamento contrario da parte dell'organo competente» (p. 90) (G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936).

comportamento che egli non poteva che presumere come legittimo»⁸¹. La garanzia sostanziale sta nel fatto che il ricorso al principio di legittimità dà rilevanza al solo fatto dell’emanazione del provvedimento ampliativo illegittimo consentendo di affermare che l’affidamento sorge nel momento esatto in cui nasce l’atto, perché è sulla legittimità di questo che è riposto, spazzando via il campo da ogni considerazione intorno a “consolidamenti”, interessi pubblici ulteriori e sproporzionate pretese in ordine alla diligenza dei cittadini. L’affidamento si ritiene debba così essere pubblicisticamente inteso, rivelando tutta la sua portata sistemica e garantista⁸². Pertanto non si condivide la posizione esplicitata sempre dai giudici di legittimità a distanza di pochi anni, secondo cui per l’individuazione della fattispecie complessa costitutiva del diritto risarcitorio è necessario un *quid pluris*, peraltro non specificato, poiché l’efficacia causale di un affidamento (incolpevole) non sarebbe automaticamente ricollegabile all’esercizio del potere dovendo anzi essere dimostrata attraverso la allegazione, a carico del danneggiato, di elementi ulteriori «idonei ad evidenziare, in concorso con l’emissione del provvedimento, la fattispecie determinativa del danno evento costituito dalla creazione dell’affidamento»⁸³.

Da un punto di vista processuale, il principio di presunzione di legittimità non solo mette l’amministrazione di fronte a prerogative e limiti della sua *mission* istituzionale, ma sposta i costi dei suoi “fallimenti” dal cittadino all’intero consesso sociale, in un’ottica prettamente redistributiva e prima ancora responsabilizzante, nel momento in cui dallo stesso è possibile svolgere, a contrario, un ulteriore ragionamento presuntivo avente ad oggetto la colpa dell’amministrazione in caso di atto illegittimo.

⁸¹ G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione* cit., p. 821.

⁸² Cfr. G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936 che individua nella presunzione di legittimità un elemento distintivo degli atti amministrativi rispetto a quelli del privato che disvela “il maggior valore o la maggiore efficacia” dei primi (p. 99).

⁸³ Ordinanza Cass., ss. uu., 4 settembre 2015, n. 17586, che specifica: “L’adozione del provvedimento non viene in rilievo, dunque, nel suo mero risultato sul piano dell’azione amministrativa e, quindi, dell’esercizio in concreto del potere, bensì come elemento che deve avere avuto efficacia causativa del danno evento rappresentato dalla determinazione dell’affidamento incolpevole e tale efficacia causativa, lungi dall’essere automaticamente ricollegabile di per sé al modo in cui il potere è stato esercitato e, dunque, al suo risultato, il provvedimento illegittimo, postula l’allegazione di ulteriori elementi in concorso con i quali l’adozione del provvedimento riveli quell’efficacia causale” (punto 9. 2).

Infatti, nonostante un consolidato orientamento giurisprudenziale in senso contrario⁸⁴, pare corrispondere al minimo della tutela ritenere la colpa dell'amministrazione, quale elemento costitutivo della sua responsabilità, presuntivamente correlata all'illegittimità del provvedimento nel momento in cui determina che spetta ad essa dare la prova contraria dell'errore scusabile.

Non solo: si ritiene che proprio l'aver negato la giusta dignità al principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi abbia costituito terreno fertile per equivoci sulla base dei quali fondare la (presunta) necessità del ricorso a concetti che invece si ritengono estranei alla logica amministrativa (quale quello di buona fede). Laddove, anzi, il principio rappresenta proprio un emblema della specialità del diritto amministrativo costituendo, per usare le parole di un grande studioso, «grave deroga al diritto comune»⁸⁵.

La lettura dei giudici amministrativi, che si basa sul richiamo alla regola generale espressa in ambito civilistico dall'art. 1147, co. 2, c.c. secondo cui «la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave» e che dunque delimita l'affidamento tutelabile in base ad una valutazione della diligenza del privato porta all'affermazione di un principio di diritto che cozza con l'assunto iniziale. La Plenaria dà, infatti, consistenza all'affidamento attraverso il parametro del «ragionevole convincimento» del privato circa la legittimità dell'atto, ciò che postula una prospettiva incompatibile con la logica della presunzione di legittimità e che, soprattutto, ancora una volta e forse in modo ancora più lampante si rivela controproducente rispetto al risultato auspicabile. La prospettiva assunta dai giudici, infatti, presuppone un'indagine sul comportamento del privato in riferimento agli obblighi di diligenza cui sarebbe tenuto, ciò che disvela un intento di responsabilizzazione del cittadino e non del soggetto pubblico come invece si auspica e come forse sarebbe possibile attraverso il ricorso a modelli di responsabilità dell'amministrazione diversi e specificamente vicini a quelli di tipo oggettivo.

⁸⁴ Cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. V, nn. 995 e 1307/2007.

⁸⁵ Così G. MIELE come riportato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Giovanni Miele e la parabola del contratto di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, n. 2/2022, p. 57 ss.

È quest'ultima che si ritiene essere l'ultima vera frontiera della tutela amministrativa dell'affidamento alla luce del fatto che come è stato acutamente sottolineato, la diatriba sulla natura e sul modello della responsabilità per danno da affidamento scaturisce dalla presa d'atto che «l'assetto attuale del nostro sistema normativo non consente di delineare un terzo genere di responsabilità, da contrapporre alla responsabilità aquiliana ed alla responsabilità da inadempimento»⁸⁶. Ebbene, come si ricaverà alla fine di questo lavoro, le ricostruzioni che si sono avvicendate, rifacendosi talvolta ad uno dei due modelli di responsabilità, talvolta all'altro, per quanto consolidate e degne di nota, non paiono soluzioni pienamente soddisfacenti. Ma già 'a monte' «sembra ordinariamente mancare, o almeno non è esplicitata e condivisa, una visione globale e prospettica della funzione della responsabilità della pubblica amministrazione per atti illegittimi nel quadro d'insieme delle diverse responsabilità pubbliche (civile, penale, amministrativa, direttiva, disciplinare) e quindi in relazione anche ad altri possibili strumenti utilizzabili per soddisfare la pluralità di esigenze per le quali si fa ricorso alla responsabilità risarcitoria»⁸⁷.

Stando così le cose, pare a questo punto difficile ignorare l'esigenza, sempre più concreta, che il dibattito debba virare proprio sulla possibilità di immaginare un terzo e nuovo tipo di responsabilità che sia idoneo a rappresentare le specifiche peculiarità che connotano le fattispecie in cui viene in rilievo l'affidamento.

⁸⁶ C. SCONAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile* cit. p. 1758.

⁸⁷ D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, n. 2/2009, p. 379 ss. il cui scetticismo è legato alla considerazione che «C'è chi ancora più pessimisticamente ha affermato che "in generale l'istituto della responsabilità civile è condannato a non apparire mai completamente ragionevole, poiché si pone congiuntamente, come è ben noto, due obiettivi spesso non reciprocamente compatibili, visto che, attraverso l'imposizione della obbligazione risarcitoria, esso pretende, nel suo nucleo centrale, di soddisfare l'esigenza di assicurare la riparazione di un danno attraverso l'irrogazione di una sanzione consistente nell'imposizione dell'obbligo di riparazione a chi è causa del danno, ottenendo in tal modo anche un effetto di deterrenza. Solo che non esiste una necessaria corrispondenza biunivoca tra (dimensione del) danno, e quindi obbligazione riparatoria imposta, e (grado di) meritevolezza della situazione: un danno può essere causato senza colpa e, soprattutto, una colpa molto lieve può causare un danno molto grave e viceversa, mentre del resto, l'effetto di deterrenza non è sempre proporzionale all'entità della sanzione» (pp. 407 e 408).

3. Questioni aperte e opportunità o meno di certe categorie

3.1. Il profilo soggettivo del privato

Da quanto detto sul finire del paragrafo precedente è a questo punto evidente che si pone, innanzitutto, una forte esigenza redistributiva nell'attribuzione della responsabilità per danno da affidamento, posto che dalla giurisprudenza pare emergere un sensibile sbilanciamento verso il principio di autoresponsabilità del privato⁸⁸.

La partita del riequilibrio tra autorità e libertà in tema di affidamento si sta allora attualmente giocando sul peso che si attribuisce al ruolo del privato nel processo di formazione dell'atto e cioè nell'esercizio della funzione, prima ancora – e in questo sta l'assurdo – che interrogarsi sulle colpe del titolare stesso della funzione⁸⁹. Il tema, cioè, è quello della valutazione della rilevanza causale del comportamento del destinatario dell'atto favorevole illegittimo ai fini del riconoscimento della tutela risarcitoria. Ci si chiede, in sostanza, quale sia la misura dello sforzo esigibile nei confronti del privato dovendosi ritenere fermo che «nella misura di tale sforzo non può rientrare l'impugnazione del provvedimento favorevole, preclusa dalla regola generale dell'interesse ad agire, così come non si può pretendere dal destinatario una partecipazione procedimentale orientata a stigmatizzare l'illegittimità del provvedimento (*nemo*

⁸⁸ Cfr. T.A.R. Lombardia sez. II - Milano, 16/12/2005, n. 5004, dove si afferma «Chi presenta un progetto edilizio, avvalendosi per giunta dell'opera di qualificati professionisti, ha per primo l'onere di verificarne la conformità alla normativa vigente, e non può pretendere di addossare all'Amministrazione, che non abbia rilevato profili di contrasto con la normativa di settore, gli effetti dannosi, risentiti in proprio, da lui stesso voluti».

⁸⁹ Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 142 ss.: «Questo momento del potere, questo differenziarsi del potere, questo farsi dell'atto, che ha già dunque una sua precisa individualità giuridica oltre che logica e reale io chiamo funzione. Sotto il profilo obbiettivo, dunque, la funzione è un momento della concretizzazione del potere in un atto: momento di cui è appena da sottolineare qui la sostanziale unitarietà».

tenetur se detergere)»⁹⁰. L'interrogativo a cui dare da ultimo una risposta è quello se la soglia di diligenza che è ragionevole richiedere al privato di fronte all'amministrazione è la stessa oppure no di quella richiesta nei confronti di altro privato⁹¹. Forse no, alla luce di quell'asimmetria che connota il rapporto amministrativo e che dovrebbe piuttosto far innalzare l'asticella nei confronti del soggetto pubblico. Per cui da ultimo ci si dovrebbe in realtà interrogare sul livello di diligenza, o, meglio, di efficienza, che è ragionevole pretendere dall'amministrazione

Occorre in prima battuta ricercare le cause dell'attuale squilibrio. Ebbene, si ritiene che lo sbilanciamento sia stato veicolato dalla concezione civilistica dell'affidamento *id est* l'affidamento incolpevole, che è stata fatta propria sia dal giudice ordinario che da quello amministrativo e che oggi pare trovare nuova linfa dal nuovo comma 2-bis dell'art. 1, l. n. 241/1990⁹².

Dagli arresti giurisprudenziali delle Sezioni Unite della cassazione del 2015 già richiamati, emerge, infatti, la precisazione che l'affidamento è rilevante

⁹⁰ M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole – il commento*, in *Gior. dir. amm.*, n. 7/2014, p. 704 ss.

⁹¹ Cfr. Cons. St., sez. II, 3 Giugno 2022, n. 4768 che esclude la risarcibilità del danno da affidamento sofferto da un imprenditore commerciale sulla base delle seguenti considerazioni: «il convincimento del giudice ben può formarsi anche attraverso il ricorso alle presunzioni, alla luce del parametro della comune prudenza e avvedutezza e della normale e ordinaria diligenza, attribuendo rilevanza peculiare alla condizione professionale della parte, onde la misura della diligenza esigibile da quel soggetto va riferita alla categoria di appartenenza dello stesso e all'onere di informazione tipico del relativo settore di operatività. L'appellante non è un privato ma un imprenditore commerciale; prima di avviare un'iniziativa edilizia tanto impegnativa, complessa ed onerosa, un operatore economico prudente e accorto ben avrebbe potuto e dovuto avvalersi di consulenze tecniche e legali idonee a supportare la fase di studio ed elaborazione progettuale, il cui ausilio avrebbe consentito di acclarare la corretta interpretazione della norma di attuazione sulle distanze, inducendo l'impresa a posizionare correttamente il fabbricato. L'interpretazione erronea rientra dunque nell'area di responsabilità imprenditoriale (..) deve escludersi la sussistenza di una convinzione non inficiata da colpa sulla legittimità dell'iniziativa intrapresa in capo all'appellante e, pertanto, il rilascio dei titoli edilizi in violazione delle prescrizioni di zona non può considerarsi lesivo del principio del legittimo affidamento in capo all'istante» (14, 1,2).

⁹² Ai sensi del quale «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede», come introdotto da art. 12, comma 1, lettera a), legge n. 120 del 2020. Ciò è ben messo in luce da G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà (nota a Cons. St., Ad. pl., 29 novembre 2021, n. 20)*, in *Gior. dir. amm.*, 2022, p. 345 ss. laddove sottolinea «la Plenaria assegna alla buona fede e alla correttezza un posto di primo piano tra gli obblighi che l'amministrazione e il privato debbono rispettare nella dinamica del loro rapporto: si tratta di obblighi e corrispondenti diritti caratterizzati dalla reciprocità, in una chiave sinallagmatica non diversa da quella che connota i rapporti di diritto privato. Al fondo vi è l'idea che la specificità del diritto amministrativo non implichi (necessariamente) specialità delle sue regole».

in quanto il comportamento del cittadino possa ritenersi incolpevole, ciò che nei fatti «può costituire un consistente temperamento rispetto» alla tesi che sembrava trapelare dalle ordinanze gemelle del 2011 e che «potrebbe in concreto ridurre notevolmente l'incidenza del riconoscimento della pretesa all'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione, confinando il risarcimento ad ipotesi limite»⁹³.

Allo stesso modo il supremo consesso amministrativo ha espressamente affermato che «l'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, *id est*, incolpevole» dovendosi fondare 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»⁹⁴. L'affidamento viene costruito non tanto in termini di aspettativa, quanto di «ragionevole convincimento», espressione che implica una pretesa ad un comportamento attivo del cittadino, chiamato a compiere lo sforzo di “convincersi”, sulla base peraltro di non si sa quali ulteriori fattori, della legittimità dell'azione amministrativa, non essendo sufficiente in quest'ottica la produzione dell'atto da parte del soggetto pubblico⁹⁵.

In conseguenza di questa impostazione, ciò che desta maggiore perplessità è il fatto di ritenere operante in modo diverso il meccanismo presuntivo a seconda

⁹³ C. E. GALLO, *Le lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/2016, p. 564 ss.

⁹⁴ Ad. Pl. Cons. St., 29 Novembre 2021, n. 20. Cfr anche Cons. St., sez. II, 3 Giugno 2022, n. 4768: «Questa Sezione ha fin di recente ribadito che il dovere di comportamento di buona fede da parte dell'amministrazione giustifica il formarsi di legittime aspettative in capo al privato, che possono essere frustrate anche da provvedimenti legittimi, ancorché fonte di possibile responsabilità. Ma tale dovere di collaborazione e buona fede è bilaterale, ponendosi un obbligo di diligenza anche in capo al privato, il cui affidamento deve risultare incolpevole (Consiglio di Stato, sez. II, 5/4/2022, n. 2536). Quanto alle caratteristiche che deve avere l'aspettativa del privato alla 'stabilità' degli atti dell'amministrazione, affinché possa configurarsi un legittimo affidamento, è necessario, come chiarito dalla decisione dell'Adunanza plenaria sopra richiamata, che l'affidamento da parte del privato sia incolpevole, per cui la causa di illegittimità o irregolarità che ha portato all'annullamento del provvedimento non deve essere nota o, comunque, conoscibile sulla base dell'ordinaria diligenza dal privato che confida nella stabilità degli atti posti in essere dall'amministrazione».

⁹⁵ Osserva D. D'AMICO, *Adunanza Plenaria n. 19/2021: risarcibilità dell'affidamento incolpevole del privato e suoi limiti*, in *Il diritto amministrativo*, n. 10/2024 che «Pertanto, è tale *convincimento ragionevole* ad essere oggetto del risarcimento apprestato dall'ordinamento giuridico, di talché la risarcibilità del legittimo affidamento prescinde dalla legittimità o meno del provvedimento amministrativo, con la conseguenza che il privato può ottenere il risarcimento del danno subito per aver incolpevolmente confidato sul corretto esercizio del potere pubblicistico della P.A., tranne in alcune ipotesi ben delineate dall'Adunanza Plenaria».

che trovi applicazione in un giudizio per l'annullamento promosso dal destinatario dell'atto sfavorevole o in un giudizio per il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento. Non pare, infatti, condivisibile in quest'ultimo caso attribuire alla colpa un significato diverso (dall'onere della prova contraria) in base al quale si configurerebbe come «elemento che ha rilievo nella misura in cui rende manifesta l'illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, e consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole»⁹⁶. La manifesta illegittimità, se proprio le si voglia attribuire un significato giuridico, dovrebbe ritenersi al più un elemento rimproverabile innanzitutto al soggetto autore di quell'atto, che è quello istituzionalmente tenuto alla sua emanazione attraverso un esercizio legittimo dei suoi poteri, prima ancora che al destinatario dello stesso, dovendosi configurare semmai come fattore che aggrava la colpa dell'amministrazione, invece di «escluderla o attenuarla»⁹⁷, dovendosi dare rilievo prima di tutto alla sua «diligenza», e non a quella del privato fintantoché esso non assuma un ruolo attivo e determinante nella causazione dell'illegittimità. In tal senso è ovvio che non può riconoscersi un affidamento tutelabile nel caso (estremo) in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento, come espressamente affermato sia dalla giurisprudenza che dal legislatore⁹⁸.

È, invece, apprezzabile la precisazione effettuata dai giudici secondo cui «non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla sua legittimità. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono sempre emessi ad iniziativa di

⁹⁶ Punto 16 del considerato in diritto Cons. St., Ad. Pl., 29 Novembre 2021, n. 19.

⁹⁷ Così Cons. St., Ad. Pl., 29 Novembre 2021, n. 20.

⁹⁸ Cfr. Art. 21-nonies, co. 2bis, l. n. 241/1990 ai sensi del quale: «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 dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al [d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445](#)».

quest'ultimo»⁹⁹. La procedimentalizzazione dell'azione amministrativa in senso sempre più partecipativo non può, in sostanza, rivelarsi un boomerang per l'interessato¹⁰⁰. Per quanto partecipato e frutto di collaborazione possa essere un atto amministrativo, quest'ultimo rimane manifestazione della volontà di un unico soggetto, l'amministrazione, che dello stesso è unica titolare e quindi responsabile. Ciò è facilmente sostenibile anche in forza del fondamentale obbligo di motivazione cui la stessa è legalmente tenuta e che, prima ancora delle altre note esigenze cui è sotteso, rappresenta il momento in cui l'amministrazione si assume la responsabilità del contenuto dell'atto favorevole, da cui dovrebbero emergere le specifiche ragioni a sostegno della sua adozione, che in quel momento sono dunque ritenute legittime dall'amministrazione stessa.

Proseguendo in questo ragionamento, si potrebbe pensare allora che, in caso di emanazione di un provvedimento favorevole in cui la motivazione sia assente o eccessivamente generica, sia ragionevole pretendere dal destinatario che si attivi per farlo presente all'amministrazione in modo che ci possa essere un'integrazione in tal senso. Difficile però immaginare in che modo, con quale strumento tecnico, questo possa essere concretamente effettuato ma ancora prima, da un punto di vista pratico-operativo, dubbi sorgono sotto il profilo logico-giuridico laddove una tale soluzione presuppone una cultura e/o competenza giuridica (sull'obbligo di motivazione, sul suo vero significato in termini di garanzia e sugli elementi con cui valutare l'assolvimento o meno dell'obbligo) che realisticamente non è riscontrabile nel cittadino medio. O quantomeno è una pretesa che andrebbe modulata diversamente in riferimento al tipo di atto e alla

⁹⁹ Punto 19 del considerato in diritto Cons. St., Ad. Pl., 29 Novembre 2021, n. 19.

¹⁰⁰ Si condivide sul punto il ragionamento del supremo organo di giustizia amministrativa quando affermano che «Va considerato al riguardo che, sebbene al privato sia riconosciuto il potere di attivare il procedimento amministrativo e di fornire in esso ogni apporto utile per la sua conclusione in senso per sé favorevole, egli lo fa all'esclusivo fine di realizzare il proprio utile. È peraltro sempre l'amministrazione a rimanere titolare della cura dell'interesse pubblico concreto, alla cui attuazione è tenuta; se dunque l'interessato consegue il provvedimento favorevole, è perché l'amministrazione lo ha ritenuto conforme al primario interesse pubblico. Gli istituti partecipativi introdotti nella più recente legislazione, a partire dalla legge n. 241 del 1990, e la recente positivizzazione dei doveri di correttezza e buona fede non hanno fatto venir meno il carattere unilaterale del provvedimento amministrativo e soprattutto, anche con riferimento ai moduli consensuali, la sua inerenza all'esercizio di un potere correlato alle finalità istituzionali, tipizzate per legge, di cui l'amministrazione è titolare e responsabile», Cons. St., Ad. Pl., 29 novembre 2021, n. 20 (punto 21 del considerato in diritto).

professionalità del destinatario da valutarsi caso per caso, dando rilievo, in questo caso e in questo senso sì, al concorso del cittadino ai fini della quantificazione del danno. Resta il fatto che però, ad ora, quello di motivazione è configurato come un obbligo posto a carico dell'amministrazione, questa essendo l'unico soggetto su cui possono ricadere le conseguenze della sua violazione.

Da tutto quanto detto, pare potersi affermare che «la colpa andrebbe apprezzata in termini di violazione, più o meno grave o scusabile, delle norme che regolano l'esercizio del potere amministrativo»¹⁰¹.

Dunque, se sono condivisibili il principio di diritto per cui è escluso il formarsi dell'affidamento quando sia stato il privato ad aver indotto dolosamente l'amministrazione in errore e quello da ultimo affermato in base al quale il ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto è altresì escluso quando il destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento, divenendo l'annullamento dell'atto un'evenienza non imprevedibile, di cui egli non può non tener conto, risulta comunque davvero difficile accettare un'impostazione che nel complesso si traduce nel fatto che l'atteggiamento psicologico del privato può dover essere considerato prima o perfino a prescindere dal comportamento dell'amministrazione.

3.2. Il nodo della natura dell'affidamento

Come avvertito sin dall'inizio, tra le questioni tutt'ora aperte riguardanti l'affidamento vi è anche quella fondamentale della sua qualificazione giuridica. Occorre rammentare anche che il problema della tutela dell'affidamento è in gran parte legato alla «sua inconciliabilità con il principio della concentrazione delle tutele» per cui esso non riguarda tanto o solo l'ambito della tutela, che come

¹⁰¹ M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole – il commento*, in *Gior. dir. amm.*, n. 7/2014, p. 704 ss.

accennato e come si vedrà meglio nel prossimo capitolo è ormai parecchio dilatata, quanto il «giudice (ordinario o amministrativo) che la possa erogare».¹⁰²

Come ben spiegato dai giudici della giurisdizione proprio in occasione della vicenda che si sta studiando, bisogna, infatti, tenere conto che «il presupposto perché si possa predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, tuttavia, anche nel caso in cui l'azione di danno venga svolta autonomamente e successivamente rispetto alla domanda volta alla rimozione del provvedimento illegittimo, è che il danno di cui si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo. In altri termini, perché possa affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad una domanda di danni è necessario che la *causa petendi* dell'azione di danno, tanto se introdotta contestualmente all'azione demolitoria, quanto nel caso in cui venga introdotta successivamente, sia la illegittimità dell'agire della pubblica amministrazione» ciò che non è nei casi di lesione dell'affidamento riposto su atto favorevole poi venuto meno¹⁰³.

Nondimeno, oltre alla forte “competizione” istituzionale che si è instaurata fra le due autorità giurisdizionali, ordinaria e amministrativa, neanche all'interno delle rispettive produzioni giurisprudenziali si registrano punti fermi, che lasciano anzi il posto a continue evoluzioni. Il panorama, insomma, non potrebbe essere più complesso e confusionario, non potendosi dunque prescindere innanzitutto da una sua sintetica ricostruzione che abbraccia un periodo relativamente breve.

Il tutto avendo conto di un'ulteriore circostanza e cioè che la questione di giurisdizione oggi risulta ulteriormente aggravata sotto due profili: uno riguarda la tenuta del criterio di riparto come costituzionalmente individuato, l'altro e, prima ancora, la messa in discussione della distinzione su cui lo stesso si basa.

Il primo aspetto è suffragato, oltre ai moniti di una vigile dottrina che già da tempo ritiene che il criterio di riparto della giurisdizione non sia appoggiato più, secondo il diritto vivente, sulla differente natura delle situazioni soggettive di

¹⁰² F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, n. 1/2021, p. 1 ss.

¹⁰³ Ordinanza Cass., ss. uu., 23 marzo 2011, n. 6595.

cui sono titolari i cittadini, ma si collochi sulla esistenza o meno del potere (autoritativo) esercitato dall'amministrazione, anche dal fondamentale intervento della Corte costituzionale in materia di giurisdizione esclusiva risalente al 2004¹⁰⁴.

Tale pronuncia è importante perché nel momento in cui la Corte, nel fondare la giurisdizione amministrativa sull'inerenza a una vicenda in cui l'amministrazione agisca come autorità, configura il giudice amministrativo come giudice dei pubblici poteri, sorgono interrogativi direttamente rilevanti per il tema in esame. Ci si è, infatti, posti il dubbio se in tal modo «la Corte costituzionale abbia voluto concentrare la giurisdizione nel giudice amministrativo solo nell'ipotesi in cui il danno sia subito dal destinatario di un provvedimento sfavorevole e non anche nell'ipotesi in cui l'esercizio della funzione causi un danno all'originario beneficiario dello stesso» dovendosi, dunque, chiarire se l'inerenza all'esercizio di un potere richieda un nesso di causalità diretta e immediata con la fattispecie costitutiva del danno o, piuttosto, si limiti a richiedere un collegamento della lesione con l'esercizio, ovviamente in forme tipiche, di un potere pubblico¹⁰⁵.

A proposito dell'evoluzione ermeneutica sul criterio di riparto si è rammentato, altresì, che le differenti soluzioni adottate dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo nel tema in esame sono il riflesso di un criterio – quello del collegamento con l'esercizio del potere – che, prestandosi facilmente a diverse applicazioni, risulta tutt'altro che di agevole applicazione¹⁰⁶. Sempre con riferimento alla giurisdizione amministrativa occorre, altresì, tenere presente il processo evolutivo, ormai pacificamente riconosciuto, che l'ha vista trasformarsi da una giurisdizione sull'atto ad una giurisdizione sul rapporto¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Il riferimento dottrinale è a F. G. COCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione* cit., p. 21.

¹⁰⁵ F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in www.federalismi.it, 7 dicembre 2011.

¹⁰⁶ E. ZAMPETTI, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2022, p. 663 ss., secondo il quale prova ne sarebbe, oltre al contrasto giurisprudenziale in commento, anche «gli opposti orientamenti che nel tempo hanno interessato la materia espropriativa e, segnatamente, i casi di occupazione appropriativa e usurpativa».

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost. n. 179/2016.

Quanto al secondo, potendo il tema essere solo accennato in questa sede, sia consentito fare riferimento a una considerazione che trova eco in questo lavoro e ha a che fare prima ancora che con la contrapposizione diritto soggettivo – interesse legittimo, con un'altra dialettica dicotomica e precisamente quella con cui si distingue interesse strumentale da una parte ed interesse finale dall'altra, al fine di identificare l'interesse legittimo. L'affermazione della concezione sostanziale dell'interesse legittimo, secondo la quale «la legittimità dell'atto non è l'oggetto dell'interesse legittimo, ma la misura in cui esso è protetto dall'ordinamento nei confronti del potere amministrativo», ne comporterebbe l'assimilazione alle situazioni soggettive di diritto privato¹⁰⁸.

Dall'altra parte taluni ravvisano che nella contendibilità del bene della vita e la non garanzia della spettanza in presenza di discrezionalità amministrativa, risiede non solo una delle ragioni del mantenimento della distinzione delle due posizioni soggettive, ma anche quella per la quale l'autorità «resta indispensabile per l'affermazione dell'individuo (*rectius*, e paradossalmente, di *un* individuo per ogni vicenda amministrativa)» per cui «è alla luce del disancoramento dell'interesse legittimo dall'autorità (dal suo *bastone* e dalla sua *carota*) che trova spiegazione la crisi della distinzione». Ciò per portare l'attenzione sulla specificità, voluta dal legislatore democratico, per cui la dinamica relazionale assume dove vi è esercizio del potere e, dunque, per richiamare consapevolezza sul fatto che «la costruzione diritti (e obblighi) correnti tra le parti del rapporto, invece, annulla quella del provvedimento amministrativo quale 'sintesi' tra autorità e libertà»¹⁰⁹.

Fatte queste premesse, volte a fornire uno sguardo di insieme sul contesto già di per sé problematico e cangiante in cui si inserisce il tema in esame, si

¹⁰⁸ S. BACCARINI, "Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2011, p. 1260 ss., che aggiunge: «la distinzione tra interessi oppositivi e interessi pretensivi riproduce quella tra diritti assoluti e diritti relativi: l'interesse verso un bene della vita è il substrato materiale di situazioni finali (corrispondenti all'interesse a conservare un bene che si ha) e di situazioni strumentali (l'interesse a conseguire un bene che non si ha e che si vuole avere)».

¹⁰⁹ L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3/2019, p. 723 ss.

analizzeranno ora distintamente i percorsi giurisdizionali dei due giudici, al fine di meglio cogliere gli elementi caratterizzanti le relative evoluzioni.

3.2.1 La neutralizzazione dell'agire amministrativo nella confusa lettura pancivilistica della Cassazione.

La vicenda della tutela risarcitoria dell'affidamento vantata nei confronti dell'amministrazione e del giudice competente a garantirla ha inizio, come già visto, con l'emanazione delle famose ordinanze gemelle della Cassazione del 2011. In queste pronunce la Suprema Corte afferma la giurisdizione del giudice ordinario in quanto ritiene che la situazione fatta valere abbia «consistenza di diritto soggettivo» che è stato leso dal comportamento colposo dell'amministrazione «consistito nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronuncia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare»¹¹⁰. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è esclusa perché non si fa questione di un esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione, ma di un comportamento mero che lascia spazio alla «sola e, quindi, autonoma tutela» risarcitoria di fronte al giudice civile¹¹¹.

A pochi anni di distanza e in risposta ad alcune perplessità sollevate dal dibattito dottrinale scatenato dalle pronunce del 2011, la Corte fa uno sforzo ulteriore di qualificazione della posizione tutelata, andando a precisare che, a differenza di quanto aveva lasciato intendere in prima battuta e cioè che si tratti del diritto alla libertà di autodeterminazione negoziale¹¹², la lesione ha ad oggetto

¹¹⁰ Ordinanza Cass., ss. uu., 23 marzo 2011, n. 6594.

¹¹¹ Ordinanza Cass., ss. uu., 23 marzo 2011, n. 6594 «L'esigenza di tutela – risarcitoria e solo di tale tipo – affiora in questo come in analoghi casi solo per l'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole e non richiede che per ottenere il risarcimento la parte domandi al giudice amministrativo un accertamento a proposito della illegittimità del comportamento tenuto dall'amministrazione perché, questo accertamento essa ha invece interesse a contrastarlo nel giudizio di annullamento del provvedimento summenzionato da altri provocato e *può solo subirlo*» (corsivo mio).

¹¹² Fare le tre ciò pare meglio emergere nella terza ordinanza laddove la Corte, a proposito dell'oggetto del rimprovero rivolto dal danneggiato all'amministrazione, si esprime così: “colpa

il diritto (soggettivo) alla conservazione dell'integrità del suo patrimonio, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo). Nello specifico, affermano i giudici, esso «emerge sotto il profilo dell'avere egli sopportato perdite e/o mancanti guadagni a causa dell'agire della p.a. concretatosi nell'illegittima emissione del provvedimento, peraltro non già considerata *sic et simpliciter* come tale, cioè solo per la sua illegittimità, bensì in quanto, per le circostanze e le modalità concrete in cui l'agire illegittimo della p.a. concretatosi nell'adozione del provvedimento si è verificato, risulti che esso è stato idoneo sul piano causale a determinare un suo affidamento nella legittimità del provvedimento e quindi nella conservazione del beneficio attribuito dal provvedimento illegittimo e nella conseguente legittimità dell'attività (onerosa per il patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento», che, una volta venuto meno il provvedimento, diventa fonte di perdite o mancati guadagni¹¹³. Detto in altri e più sintetici termini, la lesione all'integrità patrimoniale deriva dalla «violazione del principio generale di diligenza e buona fede ai sensi dell'[art. 2043 c.c.](#), rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma solo per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole»¹¹⁴.

In maniera ancora più precisa, quasi sartoriale, la Corte ritaglia la giurisdizione del giudice civile in materia, sulla base di una precisa distinzione valevole ad escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo affermando che «Anche nell'ipotesi dell'attribuzione di un settore di competenza alla A.G.A. permane infatti la linea di discriminare fra azioni risarcitorie dipendenti dall'illegittimità dell'atto e azioni risarcitorie dipendenti dall'affidamento derivato dal comportamento della pubblica amministrazione, rimanendo privo di rilievo che tale comportamento sia più o meno direttamente connesso all'esercizio dell'attività appartenente al settore di competenza esclusiva»¹¹⁵.

consistita nell'averla orientata verso una determinata condotta che, aveva dovuto interrompere (Ordinanza Cass. Civ., ss. uu., 23 marzo 2011, n. 6596).

¹¹³ Cass. Civ., ss. uu., 4 Settembre 2015, n. 17586. Per un'ulteriore attuazione degli approdi interpretativi di cui alle ordinanze cfr. anche Cass. Civ., ss. uu., 22 maggio 2017, n. 12799; Cass. Civ., ss. us., 2 Agosto 2017, n. 19170; Cass. Civ., ss. uu., 23 gennaio 2018, n. 1654;

¹¹⁴ Cass. Civ., ss. uu., 13 Dicembre 2018, n. 32365 .

¹¹⁵ Cass. Civ., ss. un., 24 Settembre 2018, n. 22435.

Senonché più di recente, la Corte torna esplicitamente sui suoi passi rinnegando la tesi del diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità patrimoniale, della quale rileva la mancanza di autonomia concettuale per cui essa si risolve in una mera formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive aventi valore economico che fanno capo ad un soggetto, ciò che corrisponde alla definizione di patrimonio e niente più¹¹⁶.

Ma la pronuncia è più interessante sotto un altro punto di vista.

In questa occasione i giudici della Suprema Corte individuano nella nozione di comportamento dell'amministrazione, come opposta e alternativa a quella di "modalità di esercizio del potere amministrativo", la chiave di lettura della "complessiva dimensione relazionale" caratterizzante il rapporto con l'amministrazione e (fino ad ora!) tipicamente espressa dalla figura dell'interesse legittimo¹¹⁷. Una siffatta reinterpretazione in chiave totalmente civilistica del rapporto amministrativo, non più connotato dall'«atto provvedimento di esercizio del potere» che «potrebbe mancare del tutto» si basa su di una astrazione estremizzata delle «regole comportamentali di buona fede e correttezza» sul presupposto che alla loro osservanza è tenuto, indistintamente, qualunque soggetto, pubblico o privato¹¹⁸. Ma, soprattutto, in un innegabile slancio creativo che inevitabilmente suscita diffidenza e richiama alla cautela, pare compiere una significativa elusione della fattispecie legale quale ambito in cui si dispiega la vicenda relazionale in cui è protagonista l'amministrazione e in cui il potere e il relativo atto esistono e rilevano, eccome. È tangibile e difficilmente accettabile, in sostanza, il *twist* ermenutico operato dalla Corte, in cui «si smarrisce il senso complessivo dell'agire amministrativo, che (..) è certamente di tipo pubblicistico, indiscutibilmente legato alla cura di interessi pubblici, tanto da tradursi nell'adozione di (veri e propri) provvedimenti amministrativi» per cui l'esercizio

¹¹⁶ Cass. Civ., ss. uu., 28 aprile 2020, n. 8236 (punto 28.3 del considerato in diritto).

¹¹⁷ Punto 27. 1 del considerato in diritto.

¹¹⁸ Punto 27.2 del considerato in diritto. Sul punto si vd. Anche Cass. Civ., ss. uu., 9 febbraio 2023, n. 4044, in cui si i giudici sottolineano che: «la prospettata violazione del principio di affidamento, come più volte queste Sezioni Unite hanno avuto modo di affermare (da ultimo, Cass. Sez. Un., n. 8236/2022; n. 1567/2023; n. 2175/2023). Attiene alle norme generali dell'ordinamento civile, che impongono di agire con lealtà e correttezza, la cui violazione può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto».

di un vero e proprio potere è manifesto, non potendo, a fronte di tutto ciò, ammettersi che «l'elemento di mezzo - l'(incolpevole) affidamento – possa essere in grado di spostare la vicenda dal piano pubblicistico a quello prettamente privatistico e dei diritti soggettivi»¹¹⁹.

In ogni caso è su questo terreno fertile, ed eccoci al profilo qui di primario interesse, che la Corte si addentra in una «precisazione sulla esatta identificazione della situazione soggettiva» di affidamento, riprendendo e avallando una distinzione che spesso rimaneva sullo sfondo: quella tra affidamento legittimo e affidamento incolpevole. Alla prima nozione corrisponderebbe la tutela tipizzata nella disciplina legislativa dell'annullamento d'ufficio, che prescinde da «considerazioni legate all'elemento soggettivo della condotta dell'amministrazione e delle parti private (colpa, diligenza, buona fede etc.)», risolvendosi, dunque, «nella verifica della legittimità degli atti formali attraverso cui si esprime il potere discrezionale dell'amministrazione» di ponderazione degli interessi. La seconda consisterebbe in «una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico» come «affidamento di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia mal riposta» quindi, da ultimo, «in un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede»¹²⁰.

Tale ricostruzione non è apparsa propriamente convincente, dal momento che tale scomposizione della nozione viene usata per sradicare l'affidamento dal

¹¹⁹ V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. E app.*, n. 6/2020, p. 724 ss. che in modo emblematico riassume la questione nei seguenti termini particolarmente evocativi: «Ritornando alla camera degli specchi citata in premessa, sembra allora che il comportamento dell'amministrazione (a tutto concedere) lesivo di interessi legittimi pretensivi - e come tale tutelabile innanzi al giudice amministrativo anche in sede risarcitoria - sia stato trasformato dal primo specchio in violazione dell'affidamento, dal secondo specchio in affidamento incolpevole da tenere distinto dall'affidamento legittimo, dal terzo specchio in inosservanza dei canoni di buona fede e correttezza e, infine, dal quarto specchio in violazione di un diritto soggettivo, giungendo così ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia che verte sull'esercizio di poteri autoritativi dell'amministrazione».

¹²⁰ Punti 28.1 e 28.2 del considerato in diritto.

suo contesto fisiologico¹²¹. Secondo alcuni, da un lato, nel contesto dell'annullamento d'ufficio «l'affidamento, più che una situazione giuridica soggettiva, è un principio - da declinare in precise regole d'azione - che l'amministrazione deve rispettare nell'adozione dell'atto di secondo grado, dall'altro, non si spiega in modo esaustivo la ragione per cui l'affidamento incolpevole costituisca una situazione giuridica soggettiva - dobbiamo desumere diversa dall'interesse legittimo e dal diritto soggettivo ma a quest'ultimo assimilabile - né è chiaro perché la tutela di questa nuova situazione giuridica soggettiva spetti sempre, e comunque, al giudice ordinario»¹²².

Ma più che altro, non si può mancare di sottolineare non solo come questa distinzione abbia ad oggetto la forma della tutela prima ancora che il suo oggetto, che a ben vedere pare allora rimanere ancora privo di una sua precisa identità, ma anche come in parte sembri smentita proprio in base a quella disciplina normativa richiamata¹²³.

3.2.2. La timida e traballante posizione del Consiglio di Stato: il miraggio dell'autonomia concettuale nella pur ritrovata dimensione pubblicistica

Se, a parte i cambi di rotta sottolineati, nella giurisprudenza della Cassazione è comunque individuabile un approccio interpretativo progressivamente consolidatosi, le esternazioni dei giudici di Palazzo Spada appaiono sensibilmente più ondivaghe e meno salde, sia nel percorso argomentativo che negli approdi finali.

¹²¹C. FRAGOMENI, *Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole* (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567), in www.giustiziainsieme.it, 22 settembre 2023.

¹²² V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. e app.*, n. 6/2020, p. 724 ss.

¹²³ Il riferimento è al co. 2-bis, art. 21-nonies, l. n. 241/1990 ai sensi del quale: «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 dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al [d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445](#)».

Ne è un primo esempio una recente sentenza pronunciata in sede giurisdizionale in cui il Consiglio di Stato in un primo momento pare qualificare l'affidamento come un principio affermando, in modo piuttosto generico, che «il principio dell'affidamento è 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» e «si atteggia in modo differente a seconda della natura dell'attività che viene posta in essere»¹²⁴. I giudici specificano, altresì, che in tal senso non è condivisibile la tesi paventata dalla Cassazione che attribuisce rilevanza autonoma all'affidamento poiché questo rileva solo nella sua capacità, in quanto principio generale, di contribuire «a fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive»¹²⁵.

Sennonché, immediatamente dopo, la sezione si rende autrice di una duplice contraddizione. Da un lato, infatti, contempla un oggetto diverso dell'aspettativa del privato facendo ora riferimento alla legittimità dell'atto e non più alla sua stabilità, dall'altro pare conferire all'affidamento la consistenza di una precisa situazione giuridica soggettiva¹²⁶, nello specifico quella, ormai nota, di diritto alla libertà di autodeterminazione negoziale laddove afferma che «la condotta dell'amministrazione, dovendo rispettare il principio di affidamento, ha fatto sorgere un'aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato, con lesione della libertà negoziale e di impresa, che sono, pertanto, le situazioni giuridiche lese. In particolare, il rapporto giuridico sorto a seguito dell'adozione del provvedimento ritenuto legittimo può indurre il privato ad effettuare scelte negoziali e di investimento che diversamente non avrebbe posto in essere»¹²⁷.

¹²⁴ Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

¹²⁵ Punto 5.1 del considerato in diritto.

¹²⁶ Sulla qualificazione sostanziale dell'affidamento nell'un senso o nell'altro si è opportunamente sottolineato che «La differenza non è irrilevante, perché mentre una situazione soggettiva merita garanzia secondo gli strumenti previsti dall'ordinamento, un principio è parametro di giudizio (applicabile dall'amministrazione e dal giudice) i cui contenuti individuali chiedono di essere ulteriormente specificati e definiti» G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria* cit., p. 349.

¹²⁷ *Ibidem*. In particolare, precisano gli stessi giudici, «Nel caso concreto all'esame del Collegio, la Regione ha adottato un provvedimento di espropriazione delle aree necessarie per

Si può dire che in questo modo il supremo organo di giustizia amministrativa si pone nella scia dell'orientamento adottato dalla Cassazione, abbracciandone la visione di civilistica.

Ciò trova conferma in un'altra pronuncia di poco successiva in cui la Plenaria, rifacendosi anche a una sua stessa giurisprudenza in materia di responsabilità in ambito di contrattualistica pubblica che sarà approfondita nell'ultimo capitolo, ribadisce dopo aver ricordato che «L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza di questa Adunanza plenaria come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno», aderisce, ancora una volta non senza qualche contraddizione, all'idea dell'affidamento come canone ordinatore anche delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo ¹²⁸. L'affidamento tutelabile sarebbe quello ragionevole, sinonimo di “incolpevole”, fondato su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione e corrispondente all'obbligo di buona fede e correttezza che sussiste ormai anche per espressa previsione normativa in capo all'amministrazione «e che dunque postulano che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità si sia ottenuta in circostanze che obiettivamente la giustificano»¹²⁹.

Segna, invece, una rottura con la posizione assunta dalla Corte regolatrice la più recente pronuncia della Plenaria, in cui trova precisazione e consolidamento l'orientamento intrapreso con quella del 2020 sopra richiamata. Il Consesso torna, infatti, ad affermare che l'affidamento «non è una posizione giuridica soggettiva

realizzare le opere oggetto del finanziamento, che, successivamente, è stato dichiarato illegittimo con sentenza di annullamento” e che si è inserito in una complessa attività oggetto dell'accordo di programma in relazione al quale la Regione aveva aderito” laddove una tale fattispecie implica “ lo svolgimento di una complessa attività economica che si protrae nel tempo, con coinvolgimento di rilevanti risorse imprenditoriali” in cui “l'amministrazione deve tenere condotte che si devono caratterizzare per una adeguata e attenta ponderazione per impedire la lesione dell'aspettativa e della libertà negoziale del privato che ha fatto affidamento sulla sussistenza di comportamenti coerenti» facendo eco, in maniera nemmeno troppo velata, all'impostazione civilistica adottata dall'altra Corte.

¹²⁸ Cons. St., Ad. pl., 29 Novembre 2021, n.19.

¹²⁹ Punti 16 e 17 del considerato in diritto.

autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi», trovando dunque collocazione nella dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo¹³⁰. Da qui la frattura netta con cui la Plenaria colloca la vicenda in una dimensione tutta pubblicistica, prendendo fermamente le distanze da quell'impianto argomentativo su cui si è basata in questi anni la Cassazione per affermare la giurisdizione del giudice ordinario in materia di danno da lesione dell'affidamento. Secondo i giudici amministrativi sussiste la giurisdizione amministrativa «quando l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e *a fortiori* quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva» poiché «la 'fiducia' su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale – ad 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».

Il pregio sta nell'aver espressamente e chiaramente ricondotto la fattispecie «nella dinamica potere autoritativo – interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo» e in cui «l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura»¹³¹. Il Consiglio di Stato, quindi, adotta un'interpretazione estensiva del campo di applicazione dell'art. 7, co. 1, c.p.a., idonea a ricomprendere la

¹³⁰ Cons. St., Ad. pl., 29 Novembre 2021, n. 20. I giudici, evocando concetti che come si in principio illustrato, appartengono al mondo privatistico come quello di 'apparenza' e 'fiducia' precisano che «l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata».

¹³¹ Punti 7 e 8 del considerato in diritto. E, precisano i giudici, «ciò sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa».

«situazione assolutamente simmetrica» a quella espressamente prevista e del pari inserita nella stessa vicenda relazionale governata dal diritto amministrativo, e di fronte alla quale male si giustifica lo spostamento sotto l'egida del giudice ordinario¹³².

Tuttavia, come è stato abilmente sottolineato dalla dottrina, anche in questa sentenza si possono rilevare passaggi contraddittori, sulla ricostruzione sostanziale della posizione tutelata e sull'oggetto dell'affidamento innanzitutto¹³³. Il dato ultimo da registrare è in sostanza non solo la conferma della estrema complessità dell'argomento di fronte alla quale i diversi e consistenti sforzi, pur tradottisi in concrete innovazioni, mostrano un'intrinseca fragilità concettuale delle basi su cui poggiano che gli impedisce di essere pienamente risolutivi, ma anche il prospettarsi di nuove problematiche di non poco conto.

Vi è chi, ad esempio, ha ravvisato nella qualificazione della situazione giuridica come di interesse legittimo operata dalla Plenaria il varco per un ampliamento della giurisdizione amministrativa al di là dei casi di giurisdizione esclusiva, che potrebbe da ultimo condurre a conseguenze logiche dirompenti rispetto all'attuale sistema giurisdizionale, a riprova della centralità che il tema dell'affidamento consegue in termini sistemici anche in campo processuale¹³⁴.

Secondo altri il nodo della questione sta nell'interrogativo se è sicuro che esista un diritto all'affidamento o un interesse legittimo svincolato dalla vicenda amministrativa autoritativa e, dunque, che la lesione dell'affidamento dia luogo a

¹³² Punto 9 del considerato in diritto.

¹³³ Sul punto è stato rimproverato ai giudici di aver fatto confusione, nel loro ragionamento, tra la qualificazione dell'affidamento e la distinzione tra affidamento legittimo e affidamento incolpevole, «la cui lesione è foriera di conseguenze giuridiche, rispettivamente, sul piano della legittimità e su quello della responsabilità, laddove «un conto è l'aspettativa alla legittimità dell'azione amministrativa che, peraltro, può essere delusa anche quando al privato venga rilasciato un provvedimento di diniego illegittimo, un altro conto è, invece, l'aspettativa alla correttezza, alla coerenza e alla non contraddittorietà del comportamento dell'Amministrazione che, se frustrata, è fonte di responsabilità» (V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza Plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2022, p. 679 ss.).

¹³⁴ E. ZAMPETTI, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2022, p. 663 ss. secondo il quale gli approdi della Plenaria spingono a interrogarsi, da ultimo, «se, quantomeno per le controversie meramente risarcitorie, sia ancora giustificato un regime processuale differenziato o se, piuttosto, nel rinnovato contesto in cui aumentano gli spazi per la tutela risarcitoria erogata dal giudice amministra, si renda opportuno, se non necessario, che le suddette controversie ricevano uno stesso trattamento processuale, a prescindere da quale sia in concreto la situazione giuridica lesa».

posizioni soggettive autonome rispetto alla vicenda sostanziale? Potendosi, per contro, dubitare della possibilità di «scorporare correttezza, non discriminazione, buon andamento, ecc. dal procedimento amministrativo e quindi dal luogo tipico di esercizio della funzione e di composizione tra interessi» sulla base di una richiamata attenzione sulla «normale trilateralità delle vicende sostanziali in esame e la potenziale plurioffensività dell'unica manifestazione del potere che si rinviene in esse»¹³⁵.

In definitiva, alla luce di quanto sin qui rilevato, pare condivisibile ritenere l'affidamento una situazione soggettiva dai connotati propri e, al tempo stesso, il fondamento di una particolare responsabilità tale per cui la classica dicotomia tra inadempimento e torto civile non risulta in grado di rappresentarla spingendo così a teorizzare un'autonoma figura di responsabilità da affidamento la cui rilevazione sarebbe da attribuirsi al giudice amministrativo quale giudice dei rapporti complessi, atteso che il diritto amministrativo tale è diventato, imponendosi «una ricerca autonoma negli intricati rapporti pubblicistici delle situazioni soggettive che si formano al loro interno, senza acritici appiattimenti su schemi civilistici»¹³⁶.

3.3. *L'annullamento d'ufficio in una nuova veste: luci e ombre della paventata "doverosità"*

Si ritiene, ora, di dover dare conto di un'ultima questione che ha riaperto il dibattito negli ultimi anni dando luogo a posizioni contrastanti. Essa riguarda l'attuale configurazione dell'istituto dell'annullamento d'ufficio che secondo certe teorie, in seguito ai più recenti interventi normativi generali e particolari, avrebbe

¹³⁵ F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in www.federalismi.it, 7 dicembre 2011.

¹³⁶ In questo senso G. P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2016, p. 484 ss..

subito una significativa trasformazione nella sua natura e, dunque, nella sua funzione che spinge a interrogarsi sulla sua riconduzione a sistema¹³⁷.

Si è detto di come l'annullamento d'ufficio sia espressione di quel c.d. potere di autotutela spontanea che si connota per la discrezionalità che gli deriva dal requisito dell'interesse pubblico ulteriore a quello dell'illegittimità dell'atto atto a distinguerlo in tal senso dall'annullamento giurisdizionale. Ebbene tale configurazione viene messa in discussione da quanti rilevano nell'istituto dei profili di doverosità¹³⁸. Questo fenomeno, solo di recente rinvigorito ma che ha radici piuttosto risalenti, sembra costituire «il riflesso dell'ambiguità delle concezioni teoriche dell'annullamento d'ufficio nella dottrina più tradizionale» che si è cercato di mettere in luce anche in questo studio¹³⁹.

D'altronde un ipotetico tipo di annullamento d'ufficio totalmente diverso ha già trovato il benessere del giudice delle leggi che, avendo riscontrato la mancanza di una copertura costituzionale del momento discrezionale del potere dell'Amministrazione di annullare i propri provvedimenti, lo ritiene costituzionalmente ammissibile¹⁴⁰. Anche in questo caso, tuttavia, l'espressione correntemente utilizzata per riferirsi al tema non è scevra da ambiguità e imprecisione di fronte alle quali si sprecano sforzi speculativi volti a fornire formulazioni concorrenti quali “annullamento vincolato”, “annullamento necessitato”, “annullamento obbligatorio”, “annullamento dovuto”. Un approccio che, ancora una volta, pare risolversi in un mero esercizio linguistico atto a creare confusione più che a dare vera consistenza alle teorizzazioni che ne sono alla base.

¹³⁷ Il dibattito era già stato occasionato da isolate disposizioni normative che avevano dato adito alla figura di cui trattasi, tra cui la previsione di cui all'art. 6, comma 17 della legge n. 127, del 1997, “sui provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme nelle disposizioni del D.p.r. 25 giugno 1983, n. 347”¹⁴ e infine la fattispecie, di cui all'art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004 (legge finanziaria per il 2005), relativa all'annullamento d'ufficio per motivi finanziari (ora abrogato dalla legge n. 124/2015).

¹³⁸ In disparte quei casi in cui sussiste un vincolo assoluto ad annullare imposto dalla logica del sistema quali l'ottemperanza al giudicato ordinario che abbia incidentalmente accertato l'illegittimità di un atto amministrativo; l'annullamento di un atto dipendente, come necessaria conseguenza dell'annullamento (giurisdizionale o amministrativo) dell'atto presupposto; la conformazione ad una decisione negativa resa in sede di controllo successivo, da un'autorità cui non compete il potere di annullare direttamente l'atto.

¹³⁹ A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?* (nota a T.A.R. Trento, sez. I, 16 dicembre 2009, n.305), in *Foro amm. TAR*, n. 3/2010, p. 810 ss.

¹⁴⁰ Corte costituzionale, n. 75/2000.

In queste teorizzazioni l'annullamento d'ufficio per come si è descritto e lo si conosce cede il passo al c.d. annullamento doveroso, nozione di cui, come anticipato, si riscontra una multivalenza che rende necessari dei primi chiarimenti¹⁴¹.

In una prima accezione la nozione è funzionale a perimetrare quei casi c.d. di interesse pubblico *in re ipsa*, connotati dalla mancanza di discrezionalità nella fase decisoria nel senso che la ponderazione degli interessi è superflua essendo il particolare interesse pubblico afferente ad un ambito sensibile che lo rende giocoforza prevalente, con evidenti ripercussioni in punto di (ir)relevanza dell'affidamento del privato¹⁴². Detto in altri termini, in tali casi i giudici, derogando alla lettura tradizionale, correlano il potere officioso alla mera illegittimità dell'atto in ragione della sua strumentalità verso un interesse pubblico di per sé prevalente e dunque coincidente col ripristino della legalità violata. Le fattispecie che tradizionalmente vengono ricondotte a questa categoria sono quelle in cui il provvedimento ha recato un illecito esborso di denaro pubblico, i provvedimenti di assenso in materia edilizia¹⁴³ e gli atti viziati dalla c.d. illegittimità comunitaria¹⁴⁴.

¹⁴¹ Come è stato precipuamente osservato, infatti, «La distinzione, apparentemente scontata, sembra sia invece trascurata, soprattutto in sede giurisprudenziale; essa, al contrario, è fondamentale, in quanto: se è vero che, come detto, a fronte d'un provvedimento doveroso nel quid sussiste anche una inevitabile doverosità nell'an, non è altrettanto vero che, nel caso in cui rilevi un obbligo di avviare un dato procedimento (vincolatività nell'an), sussista pure, contestualmente, un obbligo di adottare un dato provvedimento. Ragionare della vincolatività nell'an, quindi, non aiuterebbe a indagare l'effettiva tematica oggetto di questa discussione» (N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del Codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8/2017)*, in www.federalismi.it, 2017).

¹⁴² Sul punto vd. E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio* (nota a Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915), in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2015, p. 730 ss. Invita alla prudenza nel riconoscimento di ipotesi di autotutela doverosa anche M. A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in www.federalismi.it, 2015.

¹⁴³ Per un approfondimento si veda il recente contributo di M. SINISI, *Autotutela e governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/2024, p. 157 ss.

¹⁴⁴ In riferimento a quest'ultimo caso la CGUE con le sentenze *Khune* (C-453/04) e *Kempter* (C-2/06), pur escludendo la sussistenza di un generalizzato obbligo di autotutela o di riesame, ha individuato alcune condizioni in presenza delle quali tale obbligo sussiste, anche in presenza di giudicato che abbia escluso l'illegittimità del provvedimento medesimo e cioè quando: a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

Anche a proposito di questa locuzione, tuttavia, si impone l'avvertenza circa la problematicità del suo utilizzo, riscontrata anche dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁴⁵, e in particolare sul piano della coerenza sistematica, svelando quasi una contraddizione in termini con riferimento all'interesse pubblico intrinsecamente prevalente laddove logica vorrebbe che «delle due l'una: o quest'ultimo deve essere distinto da quello alla legalità, e allora non può ricollegarsi, almeno direttamente, all'evidenza dei vizi; oppure esso coincide con l'apprezzamento della sussistenza di una illegittimità sostanziale. Il che può essere senz'altro soluzione logicamente e giuridicamente appagante, ma dovrebbe allora essere apertamente dichiarata»¹⁴⁶. Altrettanta perplessità è riscontrata in merito alle ricadute in termini di motivazione del provvedimento illegittimo, nel senso della sua superfluità o, piuttosto, di una presunzione *iuris tantum*¹⁴⁷. Proprio in considerazione del fatto che il richiamo ad un interesse pubblico *in re ipsa* non possa valere come una generalizzata e non pienamente giustificata sottrazione all'obbligo motivazionale che incombe sia sull'amministrazione che sul giudice, dovrebbe affermarsi il carattere eccezionale di queste ipotesi che, essendo espressione di una siffatta “prassi anomala”, non possono assurgere a teorica dell'annullamento d'ufficio¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cons. St., Ad. Pl., 17 Ottobre 2017, n. 8 in cui «Si osserva al riguardo che l'incondizionata adesione alla (pur suggestiva) formula dell'interesse pubblico *in re ipsa* può produrre effetti distorsivi, consentendo in ipotesi-limite all'amministrazione- la quale abbia comunque errato nel rilascio di una sanatoria illegittima – dapprima di restare inerte anche per un lungo lasso di tempo e poi di adottare un provvedimento di ritiro privo di alcuna motivazione, in tal modo restando pienamente de-responsabilizzata nonostante una triplice violazione dei principi di corretta gestione della cosa pubblica” oltre al fatto che la richiamata formula “ha assunto talora una connotazione assiologica, inducendo ad annettere un valore in sé all'annullamento del titolo in sanatoria illegittimo, perfino se fondato su profili di illegittimità di carattere meramente formale o procedimentale».

¹⁴⁶ A. M. ALLENA – F. GOISIS, *Facoltatività e discrezionalità dell'annullamento d'ufficio? Riflessioni sull'autotutela tributaria e amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2018, p. 691 ss.

¹⁴⁷ Così A. CASSATELLA, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa* (nota a T.A.R. Bari, sez. II, 9 marzo 2006, n. 798), in *Foro amm. T.A.R.*, n. 6/2006, p. 2186 ss., che, in forza, di tale differenziazione rileva che: «Nella prima ipotesi bisognerebbe, giocoforza, ammettere che l'annullamento d'ufficio con motivazione *in re ipsa* rappresenti una specifica forma di ritiro a carattere vincolato, ancorché non doveroso, mentre, nella seconda ipotesi, l'istituto non perderebbe il suo carattere intrinsecamente discrezionale, ma sarebbe semplicemente attenuato l'onere di motivazione dell'atto di ritiro, essendo sufficiente, allo scopo, l'indicazione della norma di legge che si ritiene violata, espressiva dell'interesse pubblico (implicito) sotteso alla soppressione del provvedimento».

¹⁴⁸ M. GIAVAZZI, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effetto utile*, in *CERIDAP*, n. 4/2020.

In una seconda accezione l'espressione viene utilizzata per sostenere il presunto obbligo dell'amministrazione di provvedere in caso di "sollecitazioni" all'esercizio del potere di riesame non potendosi, dunque, più parlare di potere spontaneo¹⁴⁹. In entrambi i casi viene in rilievo la discrezionalità nell'*an* con la differenza che nel primo pare che «la doverosità venga considerata principalmente funzionale a esigenze di legalità oggettiva e/o del buon andamento dell'azione amministrativa e nel secondo caso invece a esigenze di tutela degli interessi dei privati pregiudicati dal provvedimento»¹⁵⁰.

Secondo questa impostazione, che ha fatto leva su talune disposizioni normative, peraltro affatto omogenee per estensione e ambito¹⁵¹, l'istituto sarebbe preordinato a soddisfare esigenze di tutela degli interessi dei privati pregiudicati dal provvedimento¹⁵². Questa lettura si basa sull'esaltazione del carattere materialmente giurisdizionale dell'annullamento d'ufficio in grado di farlo potenzialmente assurgere a uno strumento di *alternative dispute resolution*, che però sul piano sistemico potrebbe comportare il rischio di una duplicazione di rimedi giustiziali già contemplati dall'ordinamento, quale il ricorso in

¹⁴⁹ Vi è chi dà corpo ad un'ulteriore sfumatura attraverso la collocazione del tema della doverosità in una prospettiva rimediale rispetto ai casi di c.d. 'cattiva amministrazione' da cui deriverebbe "la necessità che qualunque richiamo all'eventualità di intervenire per eliminare un contrasto tra la decisione e i valori è meritevole di considerazione" e dunque "la doverosità della deliberazione dell'istanza laddove si verifichi la sussistenza dell'interesse pubblico di cui è portatrice l'amministrazione a intervenire per riequilibrare gli interessi pregiudicati, anche solo in via potenziale, dal comportamento amministrativo" per cui "Si ritiene, invece, più opportuno investire sull'affermazione della doverosità della verifica dell'antecedente causale per l'attivazione del procedimento di autotutela, ovvero sulla necessità di accertare la sussistenza dei presupposti per riesercitare la funzione (...) In tal modo, infatti, si potrà incidere sul modo d'essere del potere, senza necessariamente modificarne la ragion d'essere". (S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in www.federalismi.it, 2016).

¹⁵⁰ G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, p. 383 ss.

¹⁵¹ Le disposizioni a sostegno di questa tesi sono il secondo periodo del comma 1 dell'art. 2, l. n. 241/1990; l'art. 211, co. 2, d. lgs. n. 50/2016 (non più in vigore); l'art. 52, d. lgs. n. 174/2016.

¹⁵² In questo senso A. M. ALLENA – F. GOISIS, *Facoltatività e discrezionalità dell'annullamento d'ufficio? Riflessioni sull'autotutela tributaria e amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2018, p. 691 ss. nella cui prospettiva «Occorrerebbe allora superare la logica dell'autotutela come privilegio e come potere di merito dell'amministrazione che, a differenza del privato, può annullare da sé i propri atti, esercitando un potere di norma riservato al giudice (per ciò stesso, di "autotutela") (...) «Specie dopo la codificazione del principio del giusto processo di cui all'[art. 111 Cost.](#), tale funzione materialmente giurisdizionale pare chiamata a realizzarsi in una logica di parità delle armi, superando l'idea che "capacità di farsi giustizia da sé" (49) significhi anche facoltà di farlo nel proprio particolare interesse (invece che di quello di tutte le parti del conflitto e quindi in una logica di doverosità della funzione)».

opposizione¹⁵³. Ma prima ancora presuppone la rilevanza giuridica dell'interesse del privato all'apertura del procedimento di secondo grado che, per la verità, è stata sconfessata da plurime autorità giudicanti.

In particolare, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina specifica dell'autotutela tributaria, ha bollato l'operazione ermeneutica con cui viene affermato il carattere giustiziale dell'annullamento d'ufficio come una infondata "mutazione genetica" dell'istituto, considerato che la sollecitazione del privato non è atta a trasformare il procedimento officioso e discrezionale in un procedimento ad istanza di parte da concludere con un provvedimento espresso¹⁵⁴. Non sussiste, dunque, un dovere dell'amministrazione di pronunciarsi sull'istanza di autotutela per cui l'inerzia dell'amministrazione non può qualificarsi come silenzio-inadempimento, né, come silenzio-diniego, che richiederebbe una norma specifica in tal senso, con la conseguenza che l'interesse del privato non è azionabile. Affermare altrimenti, come sostenuto anche da una certa dottrina, avrebbe un significato elusivo del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione costitutiva con insperate ripercussioni in punto di definitività del provvedimento amministrativo, *ergo* di certezza dei rapporti giuridici¹⁵⁵. Da verificare in concreto, infine, la sostenibilità

¹⁵³ In questo senso N. ACQUARELLI, *Contro la doverosità dell'annullamento d'ufficio*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2022, p. 367 ss. che, individuando nell'interesse del privato al riesame un interesse di mero fatto, afferma fermamente: «l'annullamento d'ufficio non può trovare spazio tra gli strumenti giustiziali a disposizione del cittadino; la sua domanda di tutela può, invece, essere soddisfatta, oltretutto tramite il processo, solo a partire dai rimedi amministrativi realmente posti a garanzia delle situazioni giuridiche soggettive» e suggerisce, piuttosto, di «rivitalizzare i ricorsi amministrativi» in luogo di «una duplicazione di rimedi poco utile, perché non accompagnata da un reale aumento di tutela del privato, né in grado di rappresentare, per la p.a., uno strumento in grado di sottrarla ai costi del giudizio amministrativo e, dunque, di accordarsi con il buon andamento della sua azione».

¹⁵⁴ Corte costituzionale n. 181/2017 (punto 3 del considerato in diritto).

¹⁵⁵ Secondo F. GAFFURI, *Osservazioni sull'obbligo di provvedere sulle istanze di autotutela* (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 1581), in *Urb. e app.*, n. 5/2020, p. 701 ss. questo motivo non sarebbe più invocabile a seguito dell'introduzione legislativa del preciso limite temporale all'esercizio del potere di annullamento e in generale «non sembra che la natura ampiamente discrezionale dell'istituto in esame sia un connotato ontologico, di per sé, incompatibile con la configurazione dell'obbligo, per l'autorità competente, di prendere in considerazione l'invito ad agire in autotutela: è stato giustamente evidenziato al riguardo che la discrezionalità afferisce alla fase decisoria, ossia alle modalità di formazione della volontà pubblica, mentre l'obbligo di riscontro dell'istanza attiene all'ampiezza del potere di scelta riservato all'autorità amministrativa al momento di avviare il procedimento». Si veda anche N. DURANTE, *L'autotutela doverosa*, in www.giust-amm.it, 2022, che ritiene che «Ma, a loro modo, anche i reliquati istituti dell'annullamento doveroso possono qualificarsi come fattori di certezza,

dell'obbligo di instaurare e concludere (un numero indefinito) di procedimenti di riesame a fronte della conclamata scarsità di risorse in dotazione alle amministrazioni.

In una terza accezione viene in rilievo la (mancanza di) discrezionalità nel *quid* (che presuppone la risoluzione nello stesso verso anche di quella nell'*an*) per cui la formula è impiegata per intendere che l'amministrazione è tenuta procedere d'ufficio per annullare i provvedimenti illegittimi risultando la doverosità strumentale a esigenze di legalità oggettiva¹⁵⁶.

La tesi secondo cui l'annullamento avrebbe assunto in generale carattere doveroso scaturisce dalla novella che ha introdotto l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 in base al quale «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo»¹⁵⁷. Secondo questa lettura, in sostanza, la previsione della possibilità di comminare tale responsabilità, da intendersi connessa anche alla non adozione del provvedimento di secondo grado, confligge di per sé con la facoltatività del relativo potere¹⁵⁸. Di recente il Consiglio di Stato ha, invece, ridimensionato la portata della novella in cui è possibile ravvisare «una sorta di "clausola di salvaguardia", che finisce effettivamente per limitare l'ampia discrezionalità attribuita, in via generale, all'amministrazione, ma non fino al punto di renderla doverosa», stante la sua collocazione sistematica tale da renderla riferibile a tutti i casi di autotutela e la duplicità delle fattispecie (adozione

rendendo manifesta, in uno specifico ambito, la sussistenza di una valutazione politica aprioristica di incondizionata prevalenza dell'interesse al ripristino della legalità violata rispetto all'interesse alla stabilità degli effetti del provvedimento».

¹⁵⁶ Cfr. N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in www.federalismi.it, 2017.

¹⁵⁷ Modifica disposta dall'art. 21-*quater*, l. n. 164/2014, di conversione del d.l. n. 133/2014.

¹⁵⁸ In questo senso vd. tra gli altri F. V. VIRZÌ, *La doverosità del potere di annullamento di annullamento d'ufficio*, in www.federalismi.it, 2018, che peraltro deriva la doverosità ancora prima dalla funzionalizzazione legislativa dell'*agere* amministrativo all'interesse pubblico e in particolare da diversa – rispetto all'orientamento maggioritario – interpretazione del primo periodo del comma in questione ritenendo che: «proprio l'immanenza del vincolo finalistico dovrebbe indurre a interpretare la previsione legale non già nel senso che il legislatore intendesse rendere facoltativo l'esercizio del potere officioso (l'amministrazione può non annullare, nonostante l'interesse pubblico sia rilevante e prevalente), bensì nel senso che esso intendesse vincolare l'esercizio di tale potere (l'amministrazione può annullare soltanto se l'interesse pubblico è rilevante e prevalente)».

dell'atto illegittimo e suo mancato annullamento) comportanti responsabilità, che suggeriscono una *ratio* incentrata sulla prevenzione comportamenti negligenti del funzionario più che di conseguenze negative per l'apparato¹⁵⁹.

L'argomento qui affrontato ci riporta al nodo forse tanto banale quanto centrale della questione perché, come è stato prontamente ribadito in occasione di questo dibattito, gli assetti dell'annullamento d'ufficio in definitiva dipendono dalla giuridica rilevanza che viene attribuita agli interessi coinvolti nell'applicazione dell'istituto in esame, che dà vita ad una dialettica degli stessi in cui, in modo alquanto singolare, il principio della tutela dell'affidamento e quello della certezza dei rapporti giuridici vanno in senso opposto (mirando al mantenimento del provvedimento) rispetto al principio di legalità (che ne comporta la rimozione). Ebbene, di fronte ad un intervento del legislatore che forse in questo senso non si può ritenere pienamente risolutivo, il «compromesso si è potuto realizzare attraverso la sostanziale emarginazione dell'interesse al ripristino della legalità, che risulta difficilmente conciliabile con interessi di segno opposto, e tramite l'affermazione che l'annullamento deve necessariamente passare attraverso la ponderazione fra gli interessi»¹⁶⁰. È in questo modo che apparentemente allo stato dell'arte l'annullamento d'ufficio avrebbe raggiunto «un punto di equilibrio che vede da una parte la riaffermazione del principio di autorità (laddove si nega l'esistenza di un obbligo di provvedere a fronte di una richiesta di agire in autotutela), dall'altra la consacrazione del principio dell'affidamento (attraverso la via della ponderazione di interessi)»¹⁶¹. Sennonché non solo una tale affermazione fa riferimento alla concezione tradizionale

¹⁵⁹ Consiglio di Stato, sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415. Vd. anche la nota di F. CAMPOLO, *Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa di cui all'art. 21 nonies, comma 2bis, l. n. 241/1990*, in www.giustiziainsieme.it, 30 maggio 2024, secondo cui «la sentenza in commento, pur avendo fornito un'interpretazione della disposizione controversa coerente con il dato letterale – oltre che con la dottrina maggioritaria – e capace di temperare i diversi interessi in gioco attraverso il “salvataggio” della discrezionalità, avrebbe forse preferibilmente potuto spingersi fino a contestare in radice la configurabilità, in tali ipotesi, dell'autotutela doverosa». Cfr. anche M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2015, p. 481 ss. secondo cui «per superare la naturale ritrosia della pubblica amministrazione a rimettere in discussione il suo operato, sarebbe utile legare il mancato esperimento dell'autotutela su invito a particolari responsabilità amministrative in capo al soggetto che non abbia riconsiderato la sua determinazione nonostante le sollecitazioni degli interessati».

¹⁶⁰ G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, cit., p. 389.

¹⁶¹ A. GUALDANI, *La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in www.federalismi.it, 2018.

dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione di cui qui si è cercato di dimostrare l'inadeguatezza sistemica, ma pare confutata da quelle voci sempre più consistenti che intercettano una spinta intrinseca che faccia prefigurare un diverso compromesso, in cui sia il principio di legalità ad acquisire un rinnovato protagonismo, strumentale all'attuazione del migliore equilibrio e al recupero all'istituto della sua funzione di giustizia¹⁶². È così che si è avvertita l'esigenza di una ridefinizione di quelle "ragioni di interesse pubblico" nel senso della sua compatibilità (e non del contrasto) con la legalità, laddove «l'idea per cui l'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio dovrebbe essere qualcosa di diverso e ulteriore rispetto alla illegittimità del provvedimento rischia di risolversi in un pressoché totale ribaltamento della logica sottesa» al suddetto principio, cioè, nella pretermissione degli «interessi pubblici individuati dal legislatore per l'esercizio della potestà amministrativa di primo grado» o, anche, nella legittimazione del «potere in quanto tale, non in quanto (secondo i principi costituzionali) innanzitutto e necessariamente legittimo»¹⁶³.

¹⁶² Cfr. F. V. VIRZÌ, *La doverosità del potere di annullamento* cit., p. 56 che afferma inequivocabilmente: «il tentativo di trovare una nuova composizione tra discrezionalità e doverosità dell'annullamento d'ufficio dovrebbe essere accompagnato dallo sforzo di, per così dire, sottrarre al merito amministrativo la valutazione dell'interesse pubblico e di rifunionalizzare l'esercizio del potere officioso al mero ripristino della legalità. Se il predetto potere fosse funzionalizzato all'interesse alla legalità, dinanzi a qualunque denuncia qualificata dell'amministrato in cui si prospettasse l'illegittimità provvedimentoale, l'amministrazione dovrebbe essere ritenuta in dovere sia di avviare il procedimento d'ufficio, sia di concluderlo con l'annullamento, a meno di una puntuale motivazione sull'interesse privato o pubblico contrapposto e, specificamente, sull'esigenza di tutelare l'affidamento legittimo nel frattempo consolidatosi». Cfr. anche C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite* (Nota a Cons. St., sez. V, 3 maggio 2012, n. 2549), in *Foro amm. CDS*, n. 11/2012, p. 2946 ss., che, rilevata una persistenza ambiguità della figura dell'autotutela che gli deriva non solo dalla sua natura ancipite ma anche dalla sua costruzione dogmatica e che si traduce in un assetto squilibrato degli interessi che necessita di correttivi, guarda con favore alla tesi del potere ad esercizio doveroso "opzione mediana" in grado di dare rilievo tanto alla dimensione del «dovere», tanto a quella del «potere» amministrativo.

¹⁶³ L. FERRARA, (recensione a) *Miriam Allena, L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 289 ss. che riporta la tesi dell'autrice secondo cui cosicché per «mantenere in vita un atto illegittimo, l'amministrazione dovrebbe dimostrare (e motivare) adeguatamente che tale soluzione, nel caso concreto, consente di meglio perseguire e tutelare gli interessi individuati dal legislatore», per cui "Sarebbe «nello scarto tra prevedibilità in via generale e astratta (di come curare al meglio l'interesse pubblico) e valutazione in concreto da parte della pubblica amministrazione, ma pur sempre sulla base delle ragioni di interesse pubblico legislativamente predeterminate, che può essenzialmente esplicarsi la valutazione discrezionale dell'amministrazione la quale condurrà, a seconda dei casi, all'annullamento o al mantenimento in vita dell'atto illegittimo». Questo "scarto" troverebbe a sua

Ancora una volta, tutto questo è vero se al posto della legalità in questo nuovo compromesso a soccombere non sia l'affidamento, di cui rimane imprescindibile garantire un ristoro economico.

volta spiegazione nelle «frequenti oscurità e contraddizioni delle scelte legislative», che paleserebbero «un'obiettiva incertezza del profilo della legittimità».

3. LE ULTIME FRONTIERE DELL’AFFIDAMENTO: CONSACRAZIONE E CONTRADDIZIONI DI UN FENOMENO IN COSTANTE ESPANSIONE

1. Affidamento e comportamento: le infiltrazioni della buona fede nel pertugio dell’attività contrattuale

1.1 Le specificità della questione tra dubbie assimilazioni e contaminazioni

Come spesso avviene nel mare *magnum* del diritto, ci sono ambiti in cui, più di altri, certe tematiche subiscono una spinta consistente e decisiva per il loro percorso evolutivo. Per quanto riguarda l’affidamento nei confronti dell’amministrazione, uno di questi è sicuramente quello della attività negoziale della pubblica amministrazione, particolarmente sensibile alla correttezza dello svolgimento delle procedure e in cui le problematiche legate all’esercizio di poteri di secondo grado si confrontano, fino a intrecciarsi, con quelle derivanti dalle peculiarità dell’attività contrattuale pubblica. Quest’ultima risulta, infatti, tradizionalmente caratterizzata dal susseguirsi di una fase pubblicistica, volta all’individuazione del contraente, ed una privatistica, volta alla costituzione e svolgimento del rapporto obbligatorio, per cui alla vicenda amministrativa in cui si ha spendita di potere segue un atto consensuale. Si era di fronte ad una fattispecie complessa caratterizzata da un rapporto di presupposizione tra atti (il provvedimento amministrativo di aggiudicazione della gara è il presupposto per la stipula del contratto) che ha suscitato la definizione di “operazione amministrativa”¹. Sennonché, a questa «concezione binaria dell’evidenza pubblica

¹ Si rimanda a S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e dovere di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2017, p. 861 ss.

che scindeva il momento decisionale pubblicistico, precedente la stipula del contratto, da quello privatistico-esecutivo, successivo alla stessa» è subentrata quella che considera tale procedimento come «un'unica sequela di atti a valenza al contempo pubblicistica e negoziale, quasi a voler sottolineare che il diritto pubblico e quello privato devono necessariamente comunicare in ambito amministrativo, onde garantire il necessario contemperamento degli interessi pubblici e privati»².

Il ripensamento della particolare dinamica con cui si esplica tale attività ha prodotto un progressivo allargamento delle maglie della questione dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione, fino a ravvisarne, come si vedrà, esigenze e spazi di tutela anche al di là dei casi in cui sia stato adottato un provvedimento favorevole di aggiudicazione, poi venuto meno³.

Le fondamenta su cui la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza ha voluto/potuto erigere tale "allargamento" sono costituite dalla teorizzazione dell'applicazione delle regole di condotta nella formazione del contratto previste dall'ordinamento civile all'attività autoritativa con cui la pubblica amministrazione seleziona il contraente. Da questa assimilazione deriva la configurabilità di una responsabilità precontrattuale anche in capo alla pubblica amministrazione che abbia agito in difformità ai canoni comportamentali di buona

² GAETANI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimentale legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica. Considerazioni a margine di Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674*, in www.giustamm.it, 2015.

³ Tradizionalmente non si riteneva configurabile una responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase dell'evidenza pubblica sul presupposto che non essendo ancora individuato il soggetto aggiudicatario, nessuno dei partecipanti alla gara potrebbe vantare un affidamento nella conclusione del contratto e quindi una sua lesione in seguito al ritiro degli atti di gara. Affermava chiaramente la Suprema Corte (SS.UU. 6.10.1993 n. 9892 come richiamata da Cons. St., sez. IV, n. 920/2005) «una responsabilità precontrattuale della p.a., per violazione del dovere di correttezza di cui all'[art. 1337 c.c.](#) non è configurabile con riguardo allo svolgimento del procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, nell'ambito del quale l'aspirante alla stipulazione del contratto è titolare esclusivamente di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, onde difettano le condizioni strutturali per la configurabilità di «trattative» fra due soggetti e quindi di un diritto soggettivo dell'uno verso l'altro all'osservanza delle regole della buona fede, come stabilito dalla citata norma» per cui «la responsabilità precontrattuale propriamente detta non può configurarsi se non con riguardo ad un segmento della procedura posteriore rispetto a quello di vera evidenza pubblica». Cfr. anche Cass. nn. 6545/87, 5995/97, 12313/05, [13164/05](#).

fede e correttezza ledendo l'affidamento dell'aggiudicatario nella legittimità della procedura e quindi nella stipula del contratto⁴.

Specificamente, ciò che ha consentito questa trasposizione è l'ipotizzato "parallelismo concettuale" tra le trattative precontrattuali e il procedimento amministrativo che si conclude con il provvedimento di aggiudicazione del contratto, come regolato dalla disciplina pubblicistica sulle procedure di gara, che si ricaverebbe dalla comune «dimensione relazionale che assume il contatto tra i soggetti coinvolti nel procedimento di formazione dell'atto (negoziale in un caso, imperativo nell'altro), nonché la natura giuridica delle posizioni giuridiche che nascono in capo ai protagonisti della vicenda»⁵.

Un ruolo importante in questo processo di sviluppo concretizzatosi nel riconoscimento di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione anche

⁴ Cfr. di recente in senso contrario Ordinanza di rimessione Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017 secondo cui «Nessuna "trattativa" si realizza durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, essendo quest'ultima semplicemente una competizione intercorrente fra gli operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall'amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare. È innegabile l'instaurazione di un "contatto sociale" tra l'aspirante appaltatore e l'amministrazione procedente, ma esso è unicamente governato da regole di procedura che la legge e la lex specialis di gara impongono. Non da trattative. Durante tale fase pubblicistica, invero, l'unico atto che è dato rinvenire e sussumere nel concetto di "trattative" o di "formazione del contratto", è l'iniziale proposta di contratto in incertam personam, veicolata attraverso il bando. (..) che è sempre revocabile purché la revoca sia stata fatta nella "stessa forma o in forma equipollente" (1336 comma 2 cc) senza che ciò possa dare luogo ad indennizzi. La peculiarità riguarda l'intrapresa in buona fede dell'esecuzione del contratto nelle more della conclusione del contratto, ma non v'è dubbio che essa sia indice di una qualche differenziazione tra l'affidamento generatosi in capo all'aspirante contraente "individuato", e quello eventualmente ingeneratosi in capo a colui che fa semplicemente parte della indeterminata platea degli interessati alla proposta. La giustificazione di ciò si rinviene, a ben vedere, nella circostanza che nell'offerta al pubblico - a differenza della proposta di contratto atto non recettizio - la collettività o la platea indeterminata di aspiranti contraenti non riveste una posizione equiparabile a quella dell'oblato. Dunque, se non c'è malafede o colpa del proponente nel disporre la revoca, la sola buona fede dell'aspirante contraente non può giustificare alcuna forma di ristoro economico». In sostanza, «Il Collegio ritiene che in questo ambito assuma un rilievo assorbente la fase pubblicistica della competizione, elemento peculiare che mal si coniuga con i riferimenti di cui all'art. 1337 cc.» ("trattative" e "formazione del contratto", cit.).

⁵ Così G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P. A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 71, nel sintetizzare il pensiero di Giannini rispetto al quale, però, si pone in modo critico individuando "l'ostacolo concettuale più grande" e "difficilmente confutabile" nella acquisita distinzione ontologica tra l'interesse che il legislatore intende tutelare nelle trattative che preludono alla formazione del contratto (l'interesse – negativo – a non essere coinvolti in trattative infruttuose) e l'interesse (positivo) al conseguimento o alla conservazione di un utile in cui si identifica il cuore della dialettica procedimentale" *id est* l'interesse legittimo. Parla di "responsabilità relazionale" anche C. CASTRONOVO, *La "civiltà della pubblica amministrazione"*, in *Europa e diritto privato*, n. 3/2013 p. 637 ss.

nell'attività *iure imperii*, è stato giocato dalla giurisprudenza amministrativa⁶. In particolare, il Consiglio di Stato, in una nota pronuncia avente ad oggetto un caso di lesione dell'aspettativa da atto legittimo, in cui si faceva questione dei danni lamentati da un'impresa a titolo di responsabilità precontrattuale provocati dalla revoca dell'aggiudicazione e degli atti della procedura (aggravata nel caso di specie dal ritardo con cui è stata comunicata la revoca), ha affermato senza mezzi termini che «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)»⁷.

⁶ Cfr. TAR Napoli 26.8.2003 n. 11259; TAR Salerno 16.3.2004 n. 163; Cons. St., IV Sez. 19.3.2003 n. 1457; Cons. St., IV Sez. 28 dicembre 2000, n. 6996. Cfr. anche E. BRUGNOLI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configura solo dopo l'aggiudicazione*, nota a Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2009, p. 499 ss. che precisa: «inizialmente, pur riconosciuta in linea di principio la soggezione dell'amministrazione ai principi di correttezza e buona fede nel corso delle trattative contrattuali, nelle applicazioni in concreto, la culpa in contrahendo della pubblica amministrazione viene ravvisata unicamente nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione scelga di adottare, quale modalità di selezione del contraente, la trattativa privata: in tal caso, operando *iure privatorum*, si ritiene piuttosto pacificamente che l'amministrazione, al pari di ogni privato, debba rispettare i precetti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. e che il suo comportamento sia sindacabile dal giudice ordinario (...)» Ben presto, però, tale impostazione risulta scardinata dalla storica pronuncia delle sezioni unite 500/1999; infatti, dopo «l'arresto giurisprudenziale che ha svincolato la responsabilità aquiliana dalla necessità di un riferimento alla lesione del diritto soggettivo, non è più possibile escludere la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione facendo leva sull'argomento che prima della conclusione del contratto, durante il procedimento per la scelta del contraente, il privato non è titolare di un diritto suscettibile di lesione». Per una panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità precontrattuale della P.A. vd. anche G. CHINÉ, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 797 ss.

⁷ Cons. St. Ad. Pl., n. 5 settembre 2005, n. 6, il collegio rileva che «La mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che l'amministrazione veniva assumendo quando la procedura di evidenza pubblica risultava già avviata e addirittura pervenuta all'aggiudicazione ha fatto sì che, con grave delusione delle aspettative della parte privata, si rendesse inevitabile la rimozione di tutti gli atti della fase pubblicistica compresa l'aggiudicazione» per cui sebbene «la revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura è valsa a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti resta (..) il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi

La responsabilità precontrattuale, che è da sempre al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, soprattutto per quanto riguarda la sua riconducibilità al modello o della responsabilità extracontrattuale o della responsabilità contrattuale, rilevante sotto il profilo dell'onere probatorio e prescrizione, ha riacquisito negli ultimi anni un nuovo vigore proprio per il suo sconfinamento nell'ambito del procedimento amministrativo contribuendo a suscitare interrogativi sull'attuale valenza del potere amministrativo⁸.

Ciò è quanto emerge in modo chiaro dalla summenzionata pronuncia laddove i giudici, dopo aver risolto la questione di giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale della p. a. in favore del giudice amministrativo⁹, nel merito condannano l'amministrazione al risarcimento dei danni, pur facendo salvo, perché ritenuto legittimo, il provvedimento di revoca. L'aspetto da sottolineare è che il ristoro economico viene assicurato attraverso il ricorso alla doppia lente con cui guardare all'attività posta in essere dall'amministrazione, l'una rappresentata dalle norme sul procedimento il cui rispetto o meno conduce al giudizio circa la legittimità/illegittimità del provvedimento, l'altra dalle ulteriori regole di condotta improntate alla buona fede e correttezza alla luce delle quali valutare la liceità/illiceità del "comportamento" complessivo e di cui quindi si ammette la sussistenza anche di fronte all'esercizio del potere¹⁰. In questa prospettiva, opposta rispetto a quella adottata dai giudici di primo grado secondo

(affidamenti che sono perdurati fino a quando non è stata comunicata alla parte privata la revoca degli atti avanti ricordati)».

⁸ Sul tema, che non può in questa sede essere affrontato esaurientemente, non si può non rimandare al fondamentale contributo di G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000. Cfr. anche A. SIMONATI, *Responsabilità precontrattuale e risarcimento del danno da attività provvedimento dell'amministrazione: lo "stato dell'arte" alla luce di una recente sentenza del TRGA di Trento*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 443 ss.

⁹ Sulle specifiche circostanze che hanno indotto la sezione a sollevare questione di giurisdizione si rimanda alla relativa pronuncia (Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920).

¹⁰ La distinzione tra giudizio sulla legittimità dell'atto amministrativo impugnato e giudizio sulla responsabilità per il comportamento scorretto della pubblica amministrazione è già presente in Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457 in riferimento alla quale si veda il commento di G. M. RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, n. 8/2003, p. 943 ss. che parla di «responsabilità da scorrettezza, intesa come inadempimento di obblighi in parte predefiniti nella disciplina delle attività della pubblica amministrazione (tipici) ed in parte ricollegati ai principi generali di buon andamento ed imparzialità che nelle più recenti interpretazioni ricomprendono anche il fondamentale principio di correttezza che diviene principio istituzionale del comportamento della pubblica amministrazione».

cui l'illiceità del comportamento complessivo della p.a. diviene parametro di illegittimità – di matrice privatistica - del provvedimento di secondo grado, le due categorie suddette viaggiano su binari paralleli risultando quindi indipendenti l'una dall'altra e comportando la coesistenza di un provvedimento legittimo e di un comportamento scorretto fonte di responsabilità precontrattuale. Si traspone, in sostanza, la distinzione, fatta propria dall'ordinamento civile per i negozi tra privati, tra regole di validità e regole di condotta, quali centri di tutela autonomi, l'uno strumentale ad esigenze di certezza dei traffici, l'altro ad esigenze di giustizia sostanziale.

Si è tentato di rinvenire una spiegazione di tale impostazione nella disomogeneità delle ragioni, quindi non pariordinate, coinvolte nella fase antecedente della stipula dei contratti pubblici laddove si ha «da un lato le ragioni dell'affidamento incolpevole, che reclama tutela quando ingenerato, assunto ad una certa consistenza e colposamente tradito; dall'altro lato le ragioni (qualitativamente diverse e ontologicamente destinate a prendere il sopravvento) che impongono alla p.a. di perseguire sempre e comunque il 'bene comune'»¹¹. Il risultato è che può aversi un sacrificio dell'affidamento legittimo alla stregua del parametro pubblicistico che regge il provvedimento e individua il "corretto amministratore", ma contestualmente illecito alla stregua del parametro privatistico che presiede all'intero contegno e che permette di scovare lo scorretto negoziatore¹².

Questa impostazione ha una portata potenzialmente dirompente che si coglie nel momento in cui si tenga ben presente che presuppone che il comportamento della p.a. non si risolva integralmente nel provvedimento amministrativo, ciò che darebbe spazio all'intervento del parametro di giudizio privatistico sul quale solo sarebbe possibile fondare una responsabilità. Una tale ricostruzione, quindi, pare disvelare una disillusione forse non propriamente giustificata circa l'efficacia dello statuto pubblicistico dell'azione amministrativa in punto di tutela, perché appare dimentica dell'essenza primaria delle regole

¹¹ L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 1/2010, p. 39 ss.

¹² *Ibidem*

pubblicistiche che disciplinano il procedimento quale strumento per addivenire al giusto provvedimento. Ciò che si ritiene essere proprio quella di imbrigliare il comportamento della p.a nelle maglie di quel complesso di regole pubbliche che disciplinano il procedimento e che rispondono all'esigenza di un corretto esercizio del potere ma solo in senso a-tecnico, laddove lo standard di giudizio non è rappresentato dalla correttezza come intesa dall'ordinamento civilistico ma dalla non arbitrarietà e quindi legittimità dell'esercizio del potere. In sostanza il procedimento esiste proprio per dare sostanza al comportamento della pubblica amministrazione, per cui, laddove la funzione richiede l'esercizio del potere, l'unico comportamento rilevante del soggetto pubblico è quello procedimentalizzato e cioè quello i cui canoni sono quelli dettati dallo statuto pubblicistico che detta le regole del procedimento, e da ultimo garantito dalla figura dell'eccesso di potere¹³. Ciò che da ultimo dà ragione della necessaria esistenza della specialità del diritto amministrativo.

Si ritiene che proprio la necessità di tale specialità, derivante dalla sua “dimensione funzionale”¹⁴, imponga uno sforzo maggiore nell'individuazione di

¹³ Cfr. Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002, 6389 che, sempre in caso di revoca di aggiudicazione di una gara, costituisce esempio dell'orientamento minoritario e di cui si condividono le considerazioni circa quella che viene definita una «*indebita commistione* tra i parametri dettati dal legislatore ordinario per la risoluzione dei conflitti intersoggettivi di natura privatistica e quelli volti ad operare il controllo di legalità dell'esercizio della funzione amministrativa» per cui «Buona fede e correttezza sono infatti parametri propri ed esclusivi della autonomia privata e risultano di per sé speculari al potere riconosciuto al solo giudice civile di intervenire sul regolamento di interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere, al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell'ordinamento positivo» laddove invece «Un compito diverso spetta al giudice amministrativo che, come è noto, non impinge nel merito dell'attività amministrativa, ma si limita al solo controllo di legalità delle modalità con le quali essa è stata svolta in conformità ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. Trattasi non già di un controllo di merito, ma di un controllo sub specie juris, sia pure particolarmente penetrante allorché è svolto attraverso l'utilizzazione della figura sintomatica dell'eccesso di potere, che ha ad oggetto sia la corretta ricostruzione dei presupposti di fatto posti a fondamento della disciplina dettata con il provvedimento amministrativo sia l'adeguatezza e la congruità logico-giuridica di detto provvedimento sottoposto al suo esame, ovvero la fondatezza delle ragioni di ordine formale che sono a fondamento della sua mancata adozione», ma non l'assunto finale in base al quale “non si ravvisano nel nostro ordinamento principi generali di tutela dell'affidamento nell'espletamento di attività provvedimentale».

¹⁴ Così B. SORDI, *Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, n. 4/2000, p. 1023 ss., che nel riportare il pensiero dell'illustre Autore afferma: «Il regime amministrativo diventava tutt'uno con il polo autorità e si identificava, in modo inconfondibile, nella centralità del provvedimento amministrativo, come atto contraddistinto dall'imperatività. Il *proprium* del regime amministrativo è la sua dimensione funzionale; il carattere differenziatorio ed

un terreno pubblicistico su cui fondare le basi di una responsabilità della pubblica amministrazione che comporti un ristoro economico in caso di lesione dell'affidamento, in luogo di quello che pare un uso indiscriminato se non un vero e proprio abuso del ricorso a soluzioni e formule proprie di altro campo del diritto¹⁵. È, dunque, viva e pressante l'esigenza di evitare forzature degli istituti privatistici che, pur essendo «testimonianza dello sforzo di costruire un regime unitario della responsabilità dell'amministrazione, unitario nel senso di applicabile indipendentemente dal giudice munito di giurisdizione sulla singola controversia», non sono automaticamente sinonimo di maggiore garanzia per il cittadino, comportando talvolta effetti opposti¹⁶.

La qualificazione della responsabilità dell'amministrazione come responsabilità contrattuale e l'insistenza sulla dimensione relazionale dell'attività procedimentale si risolvono entrambe in una limitazione ulteriore delle già oltremodo ristrette vie del risarcimento dei danni nei rapporti di diritto pubblico: conseguenza del carattere contrattuale della responsabilità è infatti che l'amministrazione non risponde dei danni imprevedibili; mentre conseguenza dell'applicazione di questi schemi nel rapporto di diritto pubblico è una quantificazione oltremodo stringente del danno risarcibile, che spesso ne giustifica l'azzeramento.

unitario delle norme che disciplinano l'attività amministrativa. Il regime amministrativo è la stessa specialità amministrativa».

¹⁵ Nello stesso senso vd. M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2021, p. 896 ss. che, oltre a rilevare la «palese forzatura» insita nella riqualificazione di un provvedimento originario come «mero comportamento», esprime un «giudizio del tutto negativo su queste continue 'sortite' nel sistema del diritto pubblico», affermando con nettezza che «il diritto pubblico è un preziosissimo patrimonio della civiltà giuridica europea e va integralmente preservato, costituendo un regime giuridico di gran lunga più garantista del diritto civile».

¹⁶ Così M. TRIMARCHI, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, in www.giustiziainsieme.it, 17 febbraio 2021, che nello specifico evidenzia come «la qualificazione della responsabilità dell'amministrazione come responsabilità contrattuale e l'insistenza sulla dimensione relazionale dell'attività procedimentale si risolvono entrambe in una limitazione ulteriore delle già oltremodo ristrette vie del risarcimento dei danni nei rapporti di diritto pubblico: conseguenza del carattere contrattuale della responsabilità è infatti che l'amministrazione non risponde dei danni imprevedibili; mentre conseguenza dell'applicazione di questi schemi nel rapporto di diritto pubblico è una quantificazione oltremodo stringente del danno risarcibile, che spesso ne giustifica l'azzeramento».

In prospettiva emerge quindi la pressante esigenza di evitare forzature degli istituti privatistici in danno al cittadino, esigenza che si aggiunge a quella di evitare il consolidamento in punto di responsabilità della pubblica amministrazione di due costruzioni del sistema tra loro divergenti, dovute rispettivamente alla Cassazione e al Consiglio di Stato, a seconda che il danno lamentato sia o meno riconducibile all'esercizio di un potere.

1.2. La nozione di comportamento e lo svilimento del provvedimento. Il superamento dello spartiacque dell'aggiudicazione

Come visto nel paragrafo precedente, la garanzia della tutela risarcitoria per danno da affidamento è tutta legata all'emergere di una nuova concezione del "comportamento amministrativo" nel senso che la sua portata non si esaurisce col singolo provvedimento. L'attenzione verso questa nozione ha subito un drastico incremento a seguito della vicenda giurisprudenziale conseguente all'inclusione tra le controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva in materia di urbanistica, edilizia ed espropriazione, delle controversie riguardanti proprio i comportamenti dell'amministrazione, laddove esse, stante la concezione tradizionale quale mera attività materiale, incapace «di manifestare il definitivo apprezzamento del concreto interesse pubblico perseguito dall'amministrazione» erano fino a quel momento devolute alla giurisdizione ordinaria¹⁷. Vicenda culminata nel nuovo art.

¹⁷ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012 che ricostruisce tale vicenda e l'ampio dibattito giurisprudenziale che ne è seguito sull'esatta individuazione della nozione di comportamento rilevante ai fini della giurisdizione esclusiva. In sintesi: tale inclusione è avvenuta ad opera dell'art. 34, d. lgs. n. 80/1998, successivamente dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale (Sentenza 5 luglio 2004, n. 204) nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva le controversie sui comportamenti in cui non sarebbe ravvisabile, nemmeno mediamente, l'esercizio di un pubblico potere, e dall'art. 53 d.p.r. n. 327 dell'8 giugno 2001, anch'esso dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui ricomprende nella giurisdizione esclusiva in materia espropriativa anche le controversie relative a non meglio precisati comportamenti (Corte cost. n. 191/2006). La Corte qualifica comportamenti riconducibili all'esercizio del potere quei comportamenti che 'costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi, ancorché illegittimi. Con il Codice del processo amministrativo del 2010 i "comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio" del potere amministrativo entrano stabilmente nella giurisdizione amministrativa.

7 del codice del processo amministrativo che dà rilievo ai «comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere», posti in essere da pubbliche amministrazioni, la cui formulazione, seppur mette a riparo la funzione tradizionale del giudice amministrativo quale giudice del potere, non scioglie i principali dubbi interpretativi¹⁸. Si è potuto, però, rilevare che la più ampia nozione di comportamento accolta dagli interpreti svela la sua «capacità di ricomprendere ogni tratto di azione, materiale o non materiale, provvedimento o non provvedimento» che si traduce in una nuova rappresentazione del rapporto col provvedimento, da non intendersi più nei tradizionali termini di contrapposizione, piuttosto di comprensività¹⁹. Proprio sulla concezione di tale rapporto la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto un impatto ancora una volta dirompente²⁰. Si vedrà, infatti, che il consolidamento dell'idea di

¹⁸ «Del resto, un condiviso orientamento ha chiarito che l'articolo 133, comma 1, lettera e), n. 1 del cod. proc. amm. attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione sulle procedure di affidamento di appalti pubblici e concessioni, ivi incluse le controversie risarcitorie, e dunque, le controversie relative alla responsabilità precontrattuale della P.A. per atti e comportamenti tenuti nella fase della procedura di affidamento (in tal senso - *ex multis* -: [Cons. Stato, VI, 14 novembre 2012, n. 5747](#)). La devoluzione della *res controversa* alla giurisdizione del G.A. resta altresì confermata dal comma 5 dell'[articolo 7 del cod. proc. amm.](#) (secondo cui "*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*"). Tale disposizione, come è noto, chiarisce ed integra - in relazione alle materie di cui all'articolo 133, cit. - gli ambiti di giurisdizione ordinariamente devoluti al G.A., con la precisazione che tale giurisdizione si estenda anche ai comportamenti della P.A. riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere amministrativo (in tal senso, [l'articolo 7, comma 1 del cod. proc. amm.](#))» (Cons. St. n. 5146/2017).

¹⁹ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento* cit., p. 174, che sottolinea anche come «l'impiego in questo senso della nozione di comportamento va di pari passo con il conferimento al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno. Nella misura in cui il giudice è chiamato a verificare la liceità della condotta dell'amministrazione, il parametro di riferimento non è più soltanto l'atto isolatamente considerato con l'attività ad esso immediatamente riconducibile. Il parametro di riferimento è appunto il comportamento complessivo tenuto dall'amministrazione, anche a prescindere dall'incidenza di tale comportamento sulla legittimità degli atti singolarmente adottati» e, allo stesso modo, «la rilevanza in questo senso della nozione di comportamento assume un significato ancora più marcato con la caduta della pregiudizialità amministrativa» (p. 170).

²⁰ Già con le pronunce nn. 4236 e 5638 del 2012, n. 3831/013 (a cui si è allineata anche la Corte di cassazione con sentenza 3 luglio 2014, n. 15260) il Consiglio di Stato affermava che «La presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale predeterminato nei suoi profili procedurali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una *formazione necessariamente progressiva del contratto*, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il "contatto sociale" viene individualizzato con l'atto di

omnicomprensività del comportamento complessivo dell'amministrazione rispetto all'atto finale del procedimento, spalancate le porte all'applicazione delle clausole generali di correttezza e buona fede all'attività amministrativa, ha comportato un significativo ridimensionamento del ruolo del provvedimento²¹.

Con un'Adunanza Plenaria del 2018 i supremi giudici amministrativi abbattano il muro dell'aggiudicazione quale momento discriminante per il riconoscimento della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, affermando che questa è configurabile anche anteriormente alla scelta del contraente con riferimento sia ai comportamenti precedenti all'emanazione del bando di gara che successivi, contribuendo ad allargare ulteriormente le maglie della tutela dell'affidamento del privato, che nel caso di specie lamentava un danno dall'annullamento d'ufficio del decreto di indizione della gara e del decreto di approvazione degli atti di gara²².

Chiamato ad esercitare la sua funzione nomofilattica, il consesso risolve, quindi, il contrasto giurisprudenziale²³ aderendo all'orientamento espansivo e affermando che «l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale 'trattativa' e, a maggior ragione,

aggiudicazione. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l'interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità».

²¹ Si vd. anche Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636 in cui si sottolinea «La ragione dell'evoluzione della giurisprudenza in tal senso, con una piena equiparazione dell'Amministrazione ad ogni contraente privato, si spiega considerando che tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale».

²² Ad. Pl. Cons. St., 4 maggio 2018, n. 5: «I presupposti per affermare la responsabilità, oltre alla buona fede soggettiva dell'interessato e nella scorrettezza del comportamento complessivo dell'amministrazione, vengono individuati nell'imputabilità soggettiva della scorrettezza a titolo di colpa o dolo in capo all'amministrazione e nella prova, a carico del privato, sia del danno-evento (lesione della libertà di autodeterminazione negoziale) sia del danno-conseguenza (perdite economiche) che del nesso di causalità».

²³ Cfr. per quanto riguarda l'orientamento restrittivo Cons. St., sez. V, 21 agosto 2014 n. 4272; Cons. St., sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. St., sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146. D'altra parte, in senso ampliativo vd. Cons. St., sez. IV, 25 luglio 2012, n. 4236; Cons. St., sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831 nonché Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto»²⁴.

Le argomentazioni a supporto di questa impostazione partono da una rilettura costituzionalmente orientata dei canoni di buona fede e correttezza quali espressione del generale dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., ciò che giustificherebbe la loro dilagante operatività ad ogni «momento relazionale socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva»²⁵. Da qui l'interessante richiamo, seppur nei termini che si dirà, alla teoria del «contatto sociale qualificato» che pare idoneo a mettere in luce le più consistenti ragioni delle aspettative dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, laddove come rilevato espressamente dai giudici, «un ricorrente elemento che contribuisce a qualificare il contatto sociale come fonte di doveri puntuali di correttezza a tutela dell'altrui affidamento è rappresentato dal particolare status – professionale e, talvolta, pubblicistico – rivestito dai protagonisti della relazione» per cui «a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.) il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*»²⁶. Sarebbe proponibile, sulla stessa

²⁴ Punto 27 del considerato in diritto.

²⁵ Affermano specificamente i giudici che la valenza costituzionale del dovere di correttezza, la cui funzione non è più (o solo) quella di favorire la conclusione di un contratto (valido) e socialmente utile e quindi l'utilità sociale ma, anzi, la tutela della libertà di autodeterminazione negoziale della persona, impone di ritenerlo operante in un più vasto abito 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 (punti 25 e 26 del considerato in diritto).

²⁶ La prima sentenza che espressamente recepisce la teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato quale principale fonte atipica di obbligazione è la sentenza Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589 in tema di responsabilità medica, in cui si era affermato che nonostante tra il medico di struttura ospedaliera e il paziente non sussista un rapporto contrattuale, che invece sussiste tra paziente e struttura, il medico risponde comunque a titolo contrattuale e non aquiliano in forza di quella che viene definita obbligazione senza obbligo primario di prestazione che sorge in ragione del ruolo del medico che non è un *quisque de populo* rispetto al paziente. Per quanto riguarda l'applicazione della teoria con riferimento alla responsabilità dell'amministrazione la prima sentenza in tal senso è quella con cui la Cassazione ha deciso nel merito la vicenda che già aveva dato origine alla storica sentenza n. 500/1999, laddove si afferma che «Il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento

scia, la valenza generale della ricostruzione della responsabilità della p.a. in termini di contatto amministrativo qualificato, contenente e implicante una «situazione di affidamento *oggettivo* del privato medesimo ad un comportamento legittimo dell'amministrazione, tale da costituire la fonte di obblighi generatori di responsabilità»²⁷.

Pare aversi ragione, quindi, dell'assunto iniziale da cui origina questo elaborato in base al quale la pubblica funzione ricopre l'amministrazione di quella qualificazione di autorevolezza idonea a fondare la ragionevolezza dell'affidamento del privato ricoprendo «l'asimmetria (sussistente tra P.A. e privati) un ruolo determinante ai fini della responsabilità»²⁸. Proprio in materia di appalti pubblici anche la Suprema corte ha avuto modo di affermare che la procedura di evidenza pubblica è essa governata dalla pubblica amministrazione «sulla base dell'esercizio di poteri previsti da norme di azione tradotte nella *lex*

nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato. Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500-99-SU identifica nelle "regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità" e la Corte ricava questa interpretazione dalla "nuova concezione dell'attività amministrativa" come risulta dalla l. n. 241/1990 con cui "i principi di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, e insieme di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, sono diventati criteri giuridici positivi" ciò che comporterebbe l'adozione di un modello tecnico - giuridico operativo di ricostruzione della responsabilità amministrativa fondato sull'inquadramento degli obblighi procedimentali nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 c.c.)". Cfr. anche G. SDANGANELLI, *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo*, nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 20 settembre 2017, n. 9847, in www.giustamm.it, 30 gennaio 2018.

²⁷ Così S. TASSONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l.n. 205/2005*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 1237 ss. (corsivo mio). Per un approccio critico all'utilizzo della nozione di contatto qualificato nel procedimento amministrativo vd. V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2005, p. 601 ss., che, nel tentativo di rispondere ai quesiti che si pone, quali «la relazione che si instaura con il procedimento può essere ricostruita secondo il paradigma del rapporto giuridico? La buona fede costituisce un principio regolatore dell'esercizio della funzione amministrativa? Quale rilevanza si può riconoscere al 'fatto sociale' nel rapporto tra cittadino ed amministrazione?» rilevata un'incertezza e ambiguità linguistica data da «un uso promiscuo dei termini 'contatto', 'rapporto', e 'relazione'» che, determinando una sovrapposizione degli stessi, non permette di individuare i reciproci limiti, e da «l'apposizione di molteplici predicati: amministrativo, procedimentale, sociale, giuridico, qualificato» indaga «se il rapporto giuridico, nella veste del contatto, è la medesima figura dogmatica che si realizza nell'esercizio della funzione a prescindere dal successivo giudizio di responsabilità», individuando equivoci e criticità.

²⁸ Così M. L. CHIARELLA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in www.federalismi.it, 16 novembre 2016.

specialis della gara, ma anche in ragione dello status professionale e del bagaglio di conoscenze tecniche ed amministrative di cui essa è in possesso»²⁹.

Non si conviene, invece, sul fatto che il riferimento costituzionale da cui far discendere la responsabilità dell'amministrazione sia da individuarsi nel principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., ritenendo piuttosto che l'azione concreta dell'amministrazione debba e possa compiutamente vagliarsi alla stregua di quei principi di imparzialità e buon andamento pure richiamati e che profilano un'amministrazione pubblica atta a suscitare un legittimo affidamento.

In sostanza, se da un lato è sicuramente da apprezzare l'approdo garantistico cui conduce questa importante pronuncia, consistente nel trasferimento dei rischi economici sostenuti per partecipare alla trattativa dal privato in buona fede all'amministrazione che ha agito scorrettamente (punto 52 in diritto), dall'altro dubbi permangono circa l'argomentazione legata al concetto di comportamento, quale manifestazione di volontà oggetto di scrutinio privatistico secondo i canoni di buona fede e correttezza, che produce quale conseguenza ultima e paventata nemmeno velatamente dagli stessi giudici lo svilimento del provvedimento. Afferma, infatti, la plenaria, richiamando precedenti rilievi dottrinari, che «il provvedimento amministrativo è un *frammento* legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale» (punto 33 in diritto) dato che – si afferma – «nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale» ma, al contrario «in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione» (punto 34 in diritto). Come anticipato nel precedente paragrafo il dubbio è forte proprio su questo punto: si ha difficoltà e per la verità non se ne rinviene la necessità, a concepire l'azione

²⁹ Ciò che le consente di porre in luce come «Altrimenti, l'[art. 1338 c.c.](#) verrebbe privato della sua principale funzione che è di compensare l'asimmetria informativa nelle contrattazioni tra parti che non sono su un piano di parità, come avviene nei rapporti con la Pubblica Amministrazione» (Cassazione civile sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636) e in generale di valorizzare quella giurisprudenza amministrativa che in taluni casi ha addirittura vagliato la colpa dell'amministrazione attraverso il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità del professionista di cui all'art. 2236 c.c. (il rimando è a Cons. St., n. 5500/2004 e Cons. St., n. 1300/2007).

amministrativa, il suo comportamento, se non in un'ottica unitaria e ontologicamente funzionalizzata all'adozione del provvedimento finale, in cui le regole pubblicistiche che disciplinano il processo di adozione non lasciano spazio ad una ricostruzione civilistica dell'affidamento. È lo stesso statuto costituzionale della pubblica amministrazione che a monte impone quella «corrispondenza biunivoca tra comportamento amministrativo e agire procedimentale e dunque, in ultimo, tra regole di comportamento e regole del procedimento»³⁰. Ciò parrebbe suffragato proprio dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che nella vicenda su richiamata, come visto, ha riportato il comportamento dell'amministrazione, sebbene anche "mediatamente", nell'alveo del potere.

1.3. La positivizzazione all'interno delle recentissime modifiche al codice dei contratti pubblici

L'opera di sistemazione intrapresa in questo campo dalla giurisprudenza pare avere trovato di recente compiuta realizzazione con l'intervento del legislatore che l'ha recepita nel nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui si è concordemente esaltato la cesura rispetto al passato cui ha sicuramente contribuito anche la positivizzazione del concetto in esame³¹.

³⁰ S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e dovere di comportamento* cit. p. 866. Cfr. anche Cons. St., sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457 laddove evidenzia che nel «modello di correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, come si è andato evolvendo nel diritto vivente (..) alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino. In altri termini, l'evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un "impatto" sulla sfera dei cittadini e delle imprese (ne è conferma l'emersione del principio di *accountability*). Tale impatto, da un lato, deve essere considerato e quantificato, affiancando agli strumenti giuridici quelli economici di misurazione, che permeano sempre di più l'attività amministrativa; d'altro lato - e soprattutto, ai fini della tutela - tale impatto non può essere trascurato, né assorbito, e nemmeno ridotto forfettariamente in considerazione di una cura dell'interesse pubblico asseritamente prevalente».

³¹ Il nuovo Codice dei contratti pubblici è stato adottato con d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in attuazione della delega contenuta all'art. 1, l. 21 giugno 2022, n. 78. Ne sottolinea la sostanza, oltre alla forma, di vero e proprio codice A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 16 gennaio 2023. Cfr. anche A.

Il primo e forse più importante elemento di novità è dato dalla parte iniziale, dedicata a principi specifici e nuovi rispetto sia all'elenco di definizioni contenuto nel codice precedente sia al consueto rimando a quelli generali dell'attività amministrativa indicati nella legge sul procedimento amministrativo e pure richiamati attraverso l'art. 12. Di questi inediti principi si è sottolineato, innanzitutto, la loro gerarchizzazione all'interno di un sistema ordinato quale carattere funzionale ad evitare le più differenti e imprevedibili interpretazioni dei singoli istituti e, quindi, in sostanza al ripristino dello Stato di diritto attraverso una seria proposta della legalità sostanziale³².

Accanto a ciò, evidente appare la funzione ordinante e nomofilattica ma anche il carattere concreto ed operativo, potendosi specificamente rilevare che trattasi non «di enunciazioni astratte o dalle limitate ricadute pratiche, ma – come pure è desumibile dalla lettura della *Relazione* – di principi volti a incentivare un più coraggioso esercizio dell'autonomia discrezionale delle amministrazioni, in vista dell'obiettivo della realizzazione delle commesse pubbliche»³³. In questo

GIORDANO, *La tutela dell'affidamento secondo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.ratioiuris.it, 26 gennaio 2024. Per una panoramica generale sui caratteri innovativi del nuovo codice vd. G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Gior. dir. amm.*, n. 3/2023, p. 285 ss. Per il dettaglio sulla sua particolare genesi vd. C. VOLPE, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

³² Così L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, n. 1/2023, p. 5 ss., che afferma: «Il sistema che deriva dall'art. 1 dello schema di Codice dei contratti in corso di approvazione, quindi, radica la gerarchia dei principi nell'attuazione della struttura costituzionale, delle sue regole specifiche e negli obiettivi dell'Unione; individua con chiarezza il profilo prioritario dell'interesse pubblico e vi funzionalizza i restanti; fissa in modo inequivoco il criterio per le valutazioni discrezionali del soggetto procedente, sicché rende suscettibile di sindacato giurisdizionale la decisione, ripristinando - dopo molte deviazioni - la struttura dello Stato-di-diritto e, quindi, proponendo una versione seria della legalità sostanziale».

³³ G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *giustamm.it*. Quello della digitalizzazione è uno dei più attenzionati dalla dottrina per il suo precipitato innovativo e strumentali anche verso altri principi. Sottolinea lo stesso Autore: «In ogni caso, quel che più rileva è che le regole e i principi contenuti nel Codice, considerati nel loro complesso, tendono – almeno come aspirazione dei *conditores iuris* - al risultato di una *lawfulness by design and by default*, ossia a una “legalità per progettazione e per impostazione predefinita”; essi, cioè, impongono dei requisiti delle architetture tecnologiche infrastrutturali e delle piattaforme di approvvigionamento digitale tali per cui, in conseguenza della loro applicazione, dovrebbero risultare automaticamente rispettati gli altri principi del diritto amministrativo quali l'efficienza, la semplificazione, la trasparenza e via dicendo. Si rivela – e mi aggancio all'ultima considerazione - un'altra importante caratteristica di tali principi, ovvero che essi, al pari di tutti gli altri principi, hanno una natura normativa di grado superiore, in quanto nomopoietici³³, ma – diversamente dal solito – anche un contenuto squisitamente tecnico. In altri termini, sono principi

senso, i due pilastri davvero innovativi su cui si regge la normativa paiono essere quello di risultato e quello di fiducia, strettamente collegati fra loro, laddove «la fiducia riconosciuta ai pubblici funzionari – e il conseguente ampliamento dei poteri valutativi e discrezionali – non è incondizionata, ma costituisce una sorta di “contropartita” di ciò che l’ordinamento si aspetta dall’azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall’art. 1 del nuovo codice»³⁴.

Qui interessa, in particolare, il principio di fiducia non solo perché «rappresenta la disposizione più “politica” del nuovo articolato, con la quale si è voluto codificare un principio di civiltà giuridica ed imprimere – nero su bianco – un cambiamento culturale al Paese» ma, soprattutto, per la vicinanza concettuale al principio oggetto di questo lavoro in ragione della quale si condivide l’esigenza di sottolineare che la fiducia «è strettamente legata ai principi di legalità, trasparenza e correttezza, la cui cogenza è indiscussa; anzi può dirsi che il principio in disamina rappresenta un’evoluzione del principio di presunzione di legittimità dell’azione amministrativa»³⁵.

È l’art. 5 a occuparsi espressamente del principio di buona fede e di tutela dell’affidamento. La disposizione si apre con una prima generale statuizione in base alla quale «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», e con cui, si è detto, «più che una regola, si declina un valore, che forse meglio avrebbe trovato spazio a complemento del principio di accesso al mercato come ulteriore presidio delle libertà di circolazione e di stabilimento»³⁶. Ma è nel secondo comma della stessa che può ravvisarsi una stretta continuità col principio di fiducia, laddove sulla scia dell’art. 2, si dispone che «Nell’ambito del procedimento di gara, anche prima dell’aggiudicazione, sussiste un affidamento dell’operatore economico sul legittimo esercizio del

di *natura duale*, insieme giuridici e tecnici. Sicché nella loro interpretazione applicativa, il giurista non potrà prescindere dalla preventiva conoscenza né dalla esatta comprensione del significato tecnico sottostante, ossia della *res fenomenica* sulla quale i principi sono destinati a incidere».

³⁴ M. L. LALIA MORRA– R. MURINO, *Appalti: nuove regole del gioco con la carta imprevisti non si passa dal via*, in www.federalismi.it, 31 maggio 2023.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Così G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, n. 3/2023, p. 287 ss.

potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede» (art. 5, co. 2). Nella *Relazione di accompagnamento* si specifica che «il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere».

All'interno dell'elenco piuttosto eterogeneo predisposto dal legislatore, alcuni categorizzano la buona fede e l'affidamento come «principi di secondo livello, che specificano uno o più dei principi di cui agli artt. 1-3 rispetto a delle problematiche di evidente rilievo, talora però scolorando nella regolamentazione puntuale» e che, data questa caratteristica di specificità, difficilmente possono assumere una valenza interpretativa rispetto all'intero Codice³⁷. In particolare, secondo alcuni, quasi peccando in ridondanza, i principi di buona fede e affidamento, non foss'altro per la comunanza etimologica, risultano strettamente ed evidentemente collegati al principio di fiducia, tanto osannato per la sua portata innovativa rispetto all'ambito della contrattazione pubblica, in quanto potenzialmente idoneo a contrastare il noto e contorto fenomeno della c.d. «amministrazione difensiva»³⁸. A tal proposito altri, da un lato, hanno inquadrato quello stretto legame come un rapporto di *genus a species*, in cui il principio della fiducia è categoria più generale e ampia rispetto ai principi di buona fede e affidamento, dall'altro hanno individuato tratti distintivi sia con riferimento all'elemento oggettivo che a quello soggettivo³⁹. In particolare, quanto al primo

³⁷ R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1950 ss. che a tale categoria (di cui farebbero parte anche gli artt. 7- Principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, 8-Principio di autonomia contrattuale, 9-Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale; 10-Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione) contrappone quella cui appartenerebbero i principi di cui agli artt. 6 e 11 e per certi versi anche art. 7 (rispettivamente; Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali; Principio di auto-organizzazione amministrativa), che si caratterizzano per una totale autonomia rispetto ai principi di cui agli artt. 1-3 (Rispettivamente Principio di risultato; Principio di fiducia; Principio dell'accesso al mercato).

³⁸ *Ibidem*. Altri hanno voluto, invece evidenziare, come «La fiducia, in altre parole, funziona come cardine del sistema solo se fondatamente riposta, e non come assioma fideistico dato per scontato» (G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*), in www.giust-amm.it.

³⁹ A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, n. 1/2023, p. 141 ss., secondo la quale tale ricostruzione troverebbe conferma nell'art. 4 che «l'art.

profilo parrebbe agevole desumere dal dato normativo «che mentre il principio della fiducia appare riferirsi sia alla fase dell'affidamento che a quella dell'esecuzione, i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento sono riferiti alla sola fase della gara». Quanto al secondo se il principio della fiducia è da riferirsi precipuamente ai funzionari dell'amministrazione, che quindi appaiono i veri "beneficiari" della norma nei termini su accennati di valorizzazione dell'iniziativa e dell'autonomia decisionale ma con un minore rischio di incorrere nella responsabilità erariale⁴⁰, i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento invece si rivolgono alle stazioni appaltanti, agli enti concedenti e agli operatori economici e sono declinati in particolare in relazione a questi ultimi, che appaiono da una parte "beneficiari" (art. 5, co. 2) della norma, dall'altra da questa "limitati" (art. 5, co. 3 e 4). Se vi è, infatti, una chiave di lettura unitaria con cui interpretare questi principi e che il legislatore ha reso piuttosto evidente è certamente quella della reciprocità⁴¹. Ancor prima non v'è chi non veda come la fiducia, quale valore fondante di un'economia di mercato e preconditione di ogni forma di collaborazione abbia una portata innanzitutto relazionale e un'operatività su più piani (tra legislatore e amministrazione; tra la pubblica amministrazione e i suoi funzionari; tra amministrazione e operatori privati e viceversa; tra giudice, amministrazione e privati). Ciò che però qui preme, ancora una volta, sottolineare, ai fini di una distinzione che si ritiene fondamentale per l'autonomia concettuale

4 qualifica infatti il principio della fiducia quale criterio applicativo e interpretativo di tutte le norme del Codice, tra cui anche quella relativa ai principi di buona fede e tutela dell'affidamento. Questi dunque, come tutte le altre norme del Codice, devono essere interpretati, applicati e ricondotti al principio di fiducia, che quindi ne costituisce una sorta di principio-ombrello e bussola orientatrice» (p. 159).

⁴⁰ Cfr. sul punto G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giust-amm.it, 2023 che pare ridimensionare l'autonomia della portata innovativa del principio di fiducia che sarebbe davvero tale solo se rapportato all'altro fondamentale principio del risultato. Questa connessione, oltre che garantirgli una più solida copertura costituzionale nell'alveo dell'art. 97 Cost., si rivela sul piano della disciplina dell'illecito amministrativo e contabile dispiegando il suo valore nella funzionalizzazione al miglior esercizio della discrezionalità amministrativa «ormai da lungo tempo temuta e sostanzialmente osteggiata dalla normativa sui contratti pubblici – che, ovviamente, è la sola bussola a poter guidare, nella fattispecie concreta, verso il conseguimento del risultato», col risultato ultimo che «Il funzionario pubblico guarda al risultato e, per conseguirlo nel caso concreto, esercita la discrezionalità amministrativa e la propria autonomia decisionale, in un clima di fiducia del sistema».

⁴¹ Cfr. F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it.

del principio in esame, è che la fiducia si colloca «in un momento che esiste prima e a prescindere dall'esito di un intervento positivo dell'amministrazione, o della sua richiesta, in questo essendo altro dal legittimo affidamento»⁴².

Non si è mancato, poi, di evidenziare come le disposizioni ivi contenute, lontane da mere statuizioni di principio, rappresentano in realtà un complesso di regole volte a ridistribuire i rischi della invalidità/illiceità dell'azione amministrativa da cui può essere affetta la procedura di gara attraverso una specifica disciplina delle responsabilità e delle conseguenze riparatorie⁴³. Dopo l'introduzione della buona fede e dell'affidamento quale regola di comportamento da osservarsi reciprocamente nella procedura di gara da parte delle stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici (co. 1), il legislatore dispone, infatti, 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» (co. 3)⁴⁴. Se da un lato la disposizione è orientata a un maggior riequilibrio dei rapporti attraverso una maggiore responsabilizzazione anche del privato, dall'altra si è fatto notare che essa «sembra dare spazio a una presunzione di concorso di colpa dell'aggiudicatario illegittimo: presunzione che pone, a ben vedere, problemi di coerenza con l'enunciazione, al co. 1 dell'art. 2, del principio di fiducia "reciproca" e conferma la distonia di un sistema che, mentre tende a giustificare gli errori delle pubbliche amministrazioni e dei loro

⁴² R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 12 luglio 2023 che ritiene ancora attuale l'accezione romanistica della *fides*, dal quale far discendere il su richiamato distinguo, laddove «Alle radici dell'istituto della *fides* romana l'esigenza di riequilibrare relazioni diseguali, la *fides* valeva come strumento per dimensionare e prevenire la degenerazione dei rapporti. In altri termini, nella cultura romana arcaica *fides* stava ad indicare una qualità del soggetto che appare affidabile rispetto ai suoi comportamenti e alle sue parole. In questo modo la certezza dei rapporti giuridici dipendeva dalla riconoscibilità della *fides* il cui possesso costituiva condizione essenziale alla sopravvivenza del soggetto nel gruppo. In estrema sintesi può dirsi che la *fides* esprimesse un valore sociale, essenziale, nella costruzione dei rapporti socio-giuridici riconosciuti dal gruppo».

⁴³ G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in www.giust-amm.it.

⁴⁴ La norma poi prosegue statuendo che «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».

funzionari/commissari, che, pure, dovrebbero avere una specifica e adeguata competenza all'esercizio dei compiti loro precipuamente affidati, usa un opposto parametro di valutazione delle condotte degli operatori privati»⁴⁵. Risulta, in sostanza, difficilmente comprensibile la prevalente considerazione data alla professionalità dell'operatore economico rispetto a quella della stazione appaltante, oltre che in contrapposizione alla effettiva tutela dell'affidamento.

Pare informato ad un intento redistributivo anche l'ultimo comma dell'art. 5 che conferisce una base normativa all'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita, nei casi in cui l'amministrazione stessa sia stata condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso dalla procedura di gara, rimanendo ferma in tali casi la concorrente responsabilità dell'operatore economico che abbia conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito. Da un lato, la norma trova condivisibilmente giustificazione in un criterio di giustizia sostanziale, derivante dalla necessità di esplicitare un rimedio che consenta di ritrasferire, almeno in parte, il danno risarcito dall'amministrazione sull'impresa che ha illegittimamente ottenuto l'aggiudicazione e che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto»⁴⁶. Dall'altro, tuttavia, il *drafting* non appare impeccabile suscitando qualche perplessità laddove intanto non è chiaro quando la responsabilità vada imputata all'ente aggiudicatore, quando, invece, all'aggiudicatario, sempre in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, quando infine a entrambi e ciò perché la disposizione non identifica gli elementi costitutivi del «comportamento illecito», al fine della causazione del pregiudizio economico risarcibile, per cui nell'ambito soggettivo, ma, specialmente, in quello oggettivo, permane l'evanescenza dei presupposti della responsabilità civile⁴⁷.

⁴⁵ M. A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in www.federalismi.it, 5 aprile 2023.

⁴⁶ In questo senso B. N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2023, p. 765 ss.

⁴⁷ Così M. L. ANTONIOLI, *Buona fede, affidamento e responsabilità civile della P.A. nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *CERIDAP*, 4 dicembre 2023, che aggiunge «In secondo

2. Affidamento in assenza di provvedimento: quali margini per una tutela dell'affidamento?

2.1. Affidamento sull'esito favorevole del procedimento: è concepibile un "rapporto amministrativo" ulteriore rispetto a quello procedimentale?

L'ultimo approdo di quel moto espansivo concernente l'affidamento che si è cercato fin qui di delineare, è talmente lontano dal punto di origine che non può che risultare problematico. Si è visto, infatti, come nel diritto amministrativo si fa questione di affidamento quando l'amministrazione pone in essere provvedimenti di secondo grado, incidenti cioè su un provvedimento favorevole previamente adottato idoneo a fondare un affidamento meritevole di tutela nel suo destinatario⁴⁸. Ciò su cui si fa affidamento è proprio il provvedimento quale adeguato strumento di esternazione insieme formale e sostanziale della volontà dell'amministrazione, formatasi all'esito del procedimento⁴⁹. Si vedrà ora, invece,

luogo, la facoltà di rivalsa riconosciuta a favore dell'amministrazione aggiudicatrice non identifica le azioni risarcitorie esperibili dal «terzo pretermesso» e non chiarisce, neppure, se quest'ultimo possa – o meno – fare valere la propria pretesa, nei diretti confronti dell'aggiudicatario. Il riferimento all'azione di rivalsa sembrerebbe propendere a favore della tesi contraria, mentre la costruzione del concorso di responsabilità milita a sostegno della conclusione opposta: verosimilmente, è la configurabilità, sul piano del diritto sostanziale, di una struttura plurisoggettiva nell'obbligazione risarcitoria, a risultare il dato più rilevante».

⁴⁸ Lo dice chiaramente il procuratore generale come riportato nella sentenza di seguito richiamata: i principi elaborati in tema di affidamento dalla precedente giurisprudenza della cassazione «postulano l'esistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, sulla cui legittimità il medesimo privato abbia fatto affidamento e che successivamente sia stato caducato, in via di autotutela o in sede giurisdizionale».

⁴⁹ Fondamentale sul tema del rapporto procedimento/provvedimento il contributo di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 142 ss., che rileva: «il procedimento è la storia causale dell'atto, che esso cioè esprime lo stadio di sviluppo dell'atto, non è darne una qualificazione dal punto di vista oggettivo; ma il rilievo si risolve soltanto in una qualificazione dell'atto, cui conduce il procedimento, secondo il criterio temporale. Appunto perché, secondo il criterio temporale, non può essere qualificato che l'atto in relazione alla sua storia e non la storia in sé. La storia è infatti sempre procedimento e ogni procedimento è storia, onde i due termini sono, sostanzialmente, equivalenti» per cui «se io mi rifaccio a considerare il procedimento sotto il profilo del suo oggetto, e ripeto che il procedimento è, secondo come appare, la strada attraverso cui passa il potere per concretarsi in un atto, non mi sembra dubbio che il procedimento sia niente più che la manifestazione sensibile della funzione, il

come ci si è spinti a ragionare in termini di affidamento non solo in mancanza di un provvedimento ma in relazione all'esito favorevole del procedimento, finendo per riconoscerne la sussistenza, e le forti perplessità che un tale impostazione suscita.

Protagonista in questo senso è stata la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione che, nel riconoscere il danno da comportamento lesivo dell'affidamento, ha anch'essa adottato un'impostazione basata sulla teoria del "contatto sociale qualificato", compiendo un ulteriore passo in avanti sotto due profili⁵⁰. Da una parte è chiaramente superata la settorialità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione che quindi ben può essere configurata al di fuori della materia dei contratti pubblici sussistendo in qualsivoglia occasione di "contatto", dall'altro, innovando il suo precedente orientamento, ha spiegato quel rapporto instauratosi in conseguenza del contatto in termini contrattuali e non più extracontrattuali, rilevando che esso si sostanzia in una serie di obblighi che vanno ad affiancarsi al rispetto delle regole procedurali sull'esercizio del potere, con espresso rimando alla categoria delle obbligazioni senza prestazione in cui la pretesa risarcitoria è legata all'inadempimento di tali obblighi. Tale aspetto rappresenterebbe un'evoluzione in senso di maggior tutela per il privato in quanto comporterebbe un onere probatorio meno gravoso costituito dalla sola dimostrazione dell'inadempimento dell'Amministrazione e dall'allegazione del titolo dell'obbligazione e un termine di prescrizione più lungo⁵¹.

modo di esternazione cioè del farsi dell'atto» e da ultimo «Sotto il profilo oggettivo, dunque, il procedimento è manifestazione della funzione, così come l'atto è la manifestazione del risultato di quella funzione. E, come la funzione è il suo contenuto, esso è dunque la forma della funzione».

⁵⁰ Cass. civ. ss. uu., 28 aprile 2020, n. 8236 in cui lo stesso collegio sottolinea che la pretesa risarcitoria dedotta in giudizio dalla società attrice «ha ad oggetto un danno che non è stato causato da 'atti' o 'provvedimenti' dell'amministrazione municipale, bensì dal comportamento da questa tenuto nella conduzione dei rapporti tra i propri uffici e la stessa società, tale da ingenerare in quest'ultima un incolpevole affidamento nel rilascio del permesso, poi deluso dal diniego finale (del quale non viene messa in discussione la legittimità). Un danno cioè da comportamento e non da provvedimento».

⁵¹ Ciò è sottolineato da G. GUGLIELMI, *Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 3/2021, p. 988 ss., secondo la quale il «riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale agevolerebbe il processo di slittamento del rapporto pubblico verso una disciplina paritetica» e «contribuirebbe a scardinare l'idea di un'Amministrazione impenetrabile». (p. 1003)

Sebbene questa ricostruzione abbia portato al risultato auspicato di rafforzamento della tutela del cittadino dinanzi all'attività amministrativa in generale, attraverso il riconoscimento della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione – in un primo momento tradizionalmente esclusa in ragione della discrezionalità del potere⁵² - comportante un obbligo risarcitorio a protezione del privato, non si è mancato di evidenziare che in tali teorizzazioni, che pure hanno avuto un largo seguito, si è fatto leva su delle evidenti forzature interpretative che finiscono per snaturare il rapporto intercorrente tra cittadini e autorità, con riflessi di non poco conto sulla concreta attuazione dell'interesse pubblico perseguito⁵³. Non pare, infatti, così agevole né facilmente giustificabile la trasformazione ermeneutica di quelle che sono modalità di esercizio del potere in obblighi di protezione, al fine di intendere come obbligatorio il rapporto, che, per quanto oggetto di una tendenza evolutiva che tenta di rileggerlo in chiave sempre più paritetica, è e rimane di stampo autoritativo. Anzi, il complesso delle regole poste dalla legge sul procedimento amministrativo pare oggetto di una vera e propria manipolazione, non priva di una certa contraddittorietà, che si coglie nel momento in cui da un lato si afferma che esse disciplinano direttamente l'esercizio del potere amministrativo non rilevando pertanto direttamente nelle ipotesi in cui derivi dalla violazione di altre regole, quelle di correttezza e buona fede cui la pubblica amministrazione sarebbe tenuta a conformarsi come

⁵² Cfr. Cass. nn. 6545/87, 9892/93, 5995/97, 12313/05, 13164/05; Cons. St., Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457; Sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920; Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264; Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393.

⁵³ Quest'ultimo profilo di perplessità in ordine alle modalità di apprezzamento del comportamento dell'amministrazione secondo la clausola della buona fede oggettiva è accuratamente analizzato da M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in www.giustiziainsieme.it, 17 febbraio 2021, che, con riferimento al caso di specie, evidenzia «sembra difficile valutare il comportamento dell'amministrazione – in punto di coerenza, di correttezza, di buona fede – scorporandolo dal contesto complessivo entro il quale quell'attività si inserisce, senza tener conto dei mutamenti intervenuti con riguardo all'assetto degli interessi pubblici alla cui realizzazione è preordinato il potere non ancora esercitato» essendo «sufficiente il richiamo alla ri-esercitabilità del potere per cogliere come la considerazione segmentata e statica dell'attività procedimentale (o pre-procedimentale) quale comportamento mero di una amministrazione, finisca per trascurare un elemento che non può essere trascurato: la discrezionalità di cui – pur con margini molto diversi – è investita l'amministrazione nell'esercizio del potere» laddove «a ben vedere, più che di comportamenti meri, sembra trattarsi di segmenti procedimentali o pre-procedimentali». Ulteriori esiti negativi della sentenza in esame sono rammentati anche da G. URBANO, *Al GO il risarcimento per lesione dell'affidamento da parte della Pa*, in *Guida dir.*, 2020, 30, 66.

qualunque altro soggetto, dall'altro divengono protagonisti di un revival per cui riassumerebbero rilievo per il loro valore sistematico che emergerebbe proprio in conseguenza di una loro rilettura sotto la lente delle clausole su richiamate e che darebbe vita al tanto agognato diritto amministrativo paritario⁵⁴. Ed è da questo modello di amministrazione, caratterizzato dalla sussistenza dei generali doveri di correttezza e buona fede, che si potrebbe profilare una «responsabilità da lesione dell'affidamento del privato che prescinde dalla valutazione di legittimità o illegittimità (ed anche dalla stessa esistenza) di un atto di esercizio del potere amministrativo» essendo legata ad un mero comportamento⁵⁵.

A fronte di quest'ultima constatazione, appare ancor più contraddittorio il passaggio in cui al riferimento al danno che consegue alla violazione di un dovere di protezione quale concretizzazione del generale dovere di comportarsi secondo buona fede fa subito seguito quello alla teoria del contatto sociale qualificato di cui si è specificato che esso è qualificato «dallo status della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte di legittimità dei propri atti»⁵⁶.

Si è di fronte ad una innegabile tendenza dottrinale e giurisprudenziale «a generalizzare il ricorso alla categoria degli obblighi – o, meglio, delle obbligazioni – anche di fronte agli interessi legittimi e a trasporre così questi ultimi nello schema dei rapporti giuridici relativi, tipico dei rapporti civilistici di debito e di credito» che, come anticipato, pare comportare evidenti storture più vicine a creare confusione che ordine⁵⁷. Si condivide, dunque, il dubbio se «in una prospettiva di rafforzamento della tutela del soggetto contrapposto al potere, sia indispensabile ragionare anche del rapporto pubblicistico in termini di diritti soggettivi e obblighi o se uno statuto altrettanto (se non maggiormente) efficace di

⁵⁴ Punti 30.1 e 30. 2 della sentenza in esame.

⁵⁵ 30. 3.

⁵⁶ 33.

⁵⁷ M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2005, p. 557 ss. La tendenza è ormai ultraventennale come dimostrano alcuni contenuti di inizio millennio tra cui vd. M. C. CAVALLARO, *Atto amministrativo illegittimo: un caso di responsabilità contrattuale?*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, p. 910 ss. secondo cui «l'obbligo di adottare un provvedimento, sancito dall'art. 2 della legge ponte n. 241/1990, rientra tra le *varie causarum figurae* che ai sensi del citato art. 1173 c.c. sono idonee a produrre una obbligazione, sicché l'inadempimento di tale obbligo, ovvero l'inesatto adempimento, darebbe luogo a responsabilità contrattuale della P.A. e non a responsabilità da fatto illecito».

tutela non sia ricercabile all'interno delle maglie del rapporto pubblicistico stesso⁵⁸. Senza dover per forza rinunciare agli schemi tipici del diritto amministrativo»⁵⁹. Si è, a tal proposito, rilevato come per quanto valide e degne di nota, le diverse ricostruzioni che giungono all'affermazione di una responsabilità risarcitoria utilizzando paradigmi privatistici non sono in grado di fondare alcun principio generale in tal senso⁶⁰.

Seppure è stato evidenziato anche dalla Corte costituzionale come sia cambiato il modo con cui valutare l'azione della pubblica amministrazione che assumerebbe rilievo non più, o non solo, in termini di atti ma di rapporto, non si veda come una eccessiva esaltazione di quest'ultimo finisca per mortificare quello che si ritiene il vero statuto garantistico dell'azione amministrativa e cioè il complesso di regole che a partire dal 1990 disciplinano l'azione amministrativa e rispetto al quale i sempre più implementati connotati partecipativi e collaborativi si ritiene non possano essere strumentalizzati a favore di una presunta auspicabile svolta paritaria ma, anzi, come precipuamente funzionali a rafforzare l'impianto garantistico che ha come fine ultimo quello di giungere al giusto provvedimento. È una siffatta attività provvedimentale puntualmente procedimentalizzata in senso garantistico che è ragionevolmente in grado di suscitare un affidamento meritevole di tutela.

⁵⁸ Evidenzia M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2005, p. 557 ss. che «Le tesi in questione, però, non dovrebbero essere invocate al cospetto di obblighi procedurali determinati e specifici sanciti dall'ordinamento, perché in questi casi la loro applicazione rischia paradossalmente di indebolire, anziché aumentare o comunque migliorare, la tutela dei diritti procedimentali degli amministrati. In particolare, davanti all'inadempimento di obbligazioni procedimentali cristallizzate dalla legge, non si dovrebbe scomodare la teoria civilistica, pur suggestiva e per alcuni aspetti convincente, della c.d. responsabilità da contatto o 'contattuale'».

⁵⁹ G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P. A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 93 che precisa «La configurabilità di un rapporto obbligatorio avente ad oggetto una prestazione puntuale, impiantato nel (o in sostituzione del) rapporto procedimentale, rinverrebbe un ostacolo giuridico proprio nell'esistenza del potere discrezionale, situazione di autorità che mal si concilia con l'obbligazione in senso stretto». Di diverso avviso G. GUGLIELMI, *Responsabilità e pubblica amministrazione* cit., p. 993 che dubitando dell'attualità di una distinzione netta tra diritto privato e diritto pubblico, cui corrisponderebbe la crisi dell'atto unilaterale, afferma: «negli ambiti in cui l'attività della P.A. si muove sul crinale delle due branche del diritto, l'applicazione di strumenti privatistici risulterebbe armonica con la nuova concezione del soggetto pubblico, anche considerando che sono proprio i principi di concorrenza e di economia sana, alla cui realizzazione l'operato della P.A. è finalizzato che potrebbe beneficiare di un utilizzo più deciso di strumenti a vocazione privatistica».

⁶⁰ S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca* cit., p. 875.

Ed è per questo che molto semplicemente se non addirittura banalmente vien da chiedersi come si possa parlare di affidamento se non con riferimento ad un atto, che per quanto frutto di un'azione sempre più improntata alla collaborazione e alla partecipazione, è e rimane prerogativa unilaterale di un altro soggetto (pubblico), la cui unica volontà giuridicamente rilevante è quella espressa tramite provvedimento⁶¹. Non si rifugga quindi dalla formalità con cui si ritiene debba necessariamente essere rivestita l'attività dell'amministrazione quale strumento di garanzia laddove la prima conseguenza concreta che essa produce è proprio quella di rendere idoneo l'atto finale del processo decisionale dell'amministrazione a far sorgere l'affidamento e la pretesa al ristoro economico in caso di sua lesione.

In conclusione, tutte queste considerazioni inducono a propendere per la non configurabilità di un affidamento in assenza di provvedimento, laddove l'aspirazione all'emanazione del provvedimento favorevole riceve protezione già dalle norme che disciplinano il procedimento amministrativo e che danno rilievo a quella posizione soggettiva che altro non è che l'interesse legittimo all'ottenimento del bene della vita⁶². L'estensione indiscriminatamente generalizzata alla nozione di affidamento risulta, quindi, concettualmente erronea, mancando una base affidante e rientrando l'intera dinamica nell'ordinario *modus* con cui è chiamata a svolgersi l'attività amministrativa. Così quel processo di "smitizzazione" dell'atto amministrativo come elemento centrale (con la sua

⁶¹ Nello stesso senso vd. Cons. St., ad. pl., 29/11/2021, n. 19. Si aggiunga, inoltre, che già tempo addietro, in uno degli studi monografici più importanti per il diritto amministrativo, pur dando atto che «nella concezione della parte imparziale è appunto il procedimento come tale che balza in primo piano, sia poi che se ne metta in rilievo il collegamento con la funzione amministrativa in senso tecnico, concependolo come forma di questa, sia che lo si colga in sé come l'espressione giuridica dell'attività amministrativa. E parallelamente a questa evoluzione concettuale, una pratica se ne compie che aumenta sempre più la rilevanza nell'ordinamento generale del momento procedimentale», si affermava che «per l'ordinamento generale, il procedimento si risolve e si identifica con l'atto: con l'atto formale di amministrazione, che, a simiglianza del negozio privato e dissimilmente invece dalla sentenza giudiziaria, è ciò che in linea di principio solo esprime e produce i rapporti amministrativi» per cui «Questa identificazione del procedimento con l'atto è così basilare e così radicata nella struttura dell'amministrazione che, anche quando ormai il procedimento sarà giunto a piena distinzione di rilevanza giuridica nelle fasi assai più complesse della sua elaborazione (e si analizzerà per es. nelle fasi introduttiva, istruttoria, decisoria, di controllo, di esecuzione), esso faticherà a svincolarsi nel suo concetto dall'atto» (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pp. 41-43).

⁶² Cfr. in questo senso Cass. civ. ss. uu. n. 13194/2018; Cass., Sez. Un., 23/1/2018, n. 1654.

autoritarità) dell'azione amministrativa”, pur autorevolmente invocato, largamente sostenuto ed effettivamente intrapreso, essendo figlio di una concezione della pubblica amministrazione e dei suoi poteri storicamente determinata, pare trovare un confine invalicabile nelle esigenze di tutela dell'affidamento da un lato e nel necessario ripensamento in chiave democratica dell'autorità amministrativa⁶³.

2.2. La questione dell'affidamento nelle trame della semplificazione: la disillusione della s.c.i.a.

Da ultimo occorre accennare ai casi in cui questione di affidamento si è posta in relazione a specifici istituti contraddistinti nella loro *ratio* proprio dalla mancanza del provvedimento in conseguenza di precise scelte di politica del diritto, volte a tutelare determinati interessi, insieme pubblici e privati.

Il primo di questi istituti rispetto al quale ci si è chiesti se sia configurabile un affidamento tutelabile è quello della segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) che si presenta come un modello amministrativo diverso e alternativo rispetto a quello provvedimentale, rispondente ad esigenze di semplificazione (più che di liberalizzazione, pure costantemente invocata dalla maggior parte dei commentatori) e perciò caratterizzato da una “posticipazione” dell'attività amministrativa, cui fa da contraltare una disciplina volta all'auto-responsabilizzazione del privato⁶⁴. Esclusi determinati ambiti in cui vengono in

⁶³ Le parole sono quelle usate da G. MORBIDELLI, *I cinquanta anni dell'Enciclopedia del diritto*, in *Dir. amm.*, n. 3/2011, p. 499 ss., per descrivere il contributo che un maestro come M. S. Giannini ha dato all'evoluzione del diritto amministrativo.

⁶⁴ Come è stato sottolineato, infatti, «l'eliminazione del previo provvedimento amministrativo non significa l'eliminazione della disciplina pubblicistica che detta le condizioni generali di svolgimento dell'attività privata: l'applicazione dell'istituto della s.c.i.a. non comporta una contemporanea abrogazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'attività dei privati e una loro eventuale sostituzione con regole di diritto privato, nella logica della liberalizzazione pura» (M. RAMAJOLI, *La S.C.I.A. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, p. 329 ss.). Per un approfondimento sul concetto di liberalizzazione e sull'utilizzo del termine si rimanda rispettivamente a F. D'ANGELO, *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 4/2014, p. 807 ss. ed a G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Gior. dir. amm.*, n. 10/2005, p. 1017 ss. Per un quadro sulle politiche di semplificazione vd. P. LAZZARA, *Principio di*

rilievo interessi “sensibili”, il legislatore ha, così, previsto che nei casi in cui sussista un potere vincolato dell’amministrazione e in assenza di limiti, contingentamenti o specifici strumenti di programmazione, un atto del privato, e cioè la segnalazione, sostituisce «ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l’esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale» (art. 19, l. n. 241/1990), consentendo l’inizio dell’attività dalla data della sua presentazione e rinviando ad una fase successiva (e non preventiva) l’espletamento da parte dell’amministrazione delle attività di verifica dei requisiti e dei presupposti e l’eventuale esercizio dei poteri inibitori, entro un termine predefinito⁶⁵.

L’attuale disciplina dell’istituto pare essere il risultato della accresciuta sensibilità verso le esigenze di tutela dell’affidamento che permea gran parte della

semplificazione e situazioni giuridico-soggettive, in *Dir. amm.*, n. 4/2011, p. 679 ss. Per una migliore contestualizzazione degli interventi normativi in esame e per una loro comprensione in termini di ricaduta sul potere amministrativo si veda l’interessante studio effettuato da G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, n. 1/2016, p. 207 ss.

⁶⁵ Ai sensi dell’art. 19, co. 1, l. n. 241/1990 La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell’atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell’Agenzia delle imprese di cui all’articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell’amministrazione. Nei casi in cui la normativa vigente prevede l’acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l’esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti». Ai sensi del co. 3 «L’amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l’attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l’amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l’adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l’attività si intende vietata. Con lo stesso atto motivato, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell’interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l’amministrazione dispone la sospensione dell’attività intrapresa. L’atto motivato interrompe il termine di cui al primo periodo, che ricomincia a decorrere dalla data in cui il privato comunica l’adozione delle suddette misure. In assenza di ulteriori provvedimenti, decorso lo stesso termine, cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata».

riforma del 2015, come appare evidente anzitutto dalla soppressione del grave regime sanzionatorio che era previsto dal co. 2 dell'art. 21, l. n. 241/1990⁶⁶. Si era, infatti, osservato che una tale disciplina non teneva conto dell'«oggettiva difficoltà di individuare, all'interno di un intricato e spesso oscuro sistema normativo, la *regula iuris* del caso concreto» che, invece, impone di tutelare coloro i quali «abbiano incolpevolmente intrapreso un'attività nella convinzione di agire nel rispetto della legge, facendo conseguentemente affidamento sui titoli abilitativi espressamente o tacitamente rilasciati dall'amministrazione ovvero formati sulla base della propria stessa segnalazione/dichiarazione», evitando contraddizioni sistemiche ed effetto *boomerang*⁶⁷.

Senonché, con la novella del 2015 (l. n. 124) il legislatore ha anche disposto che «Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies» (co. 4), con ciò dando

⁶⁶ La norma, ora appunto abrogata, disponeva che «Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente». Per una panoramica e una contestualizzazione della riforma vd. rispettivamente E. GIARDINO, *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei provvedimenti*, in *Gior. dir. amm.*, n. 1/2017, p. 26 ss.; B. G. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5/2015, p. 621 ss. e G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *dir. amm.*, n. 4/2014, p. 695 ss.

⁶⁷ M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015, L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, 16 settembre 2015 che sottolinea «la crescente sensibilità per l'affidamento generato dal conseguimento di un titolo espresso e la conseguente tendenza a circoscrivere entro limiti sempre più rigorosi il potere di disporre la revoca o l'annullamento rendeva sempre più fondata la critica a un sistema che, di contro, lasciava i titolari di un assenso implicito e i denunciati/segnalanti delle attività "para-liberalizzate", i quali avessero (anche incolpevolmente) erroneamente ritenuto la sussistenza dei presupposti per poter validamente utilizzare lo strumento del silenzio-assenso o della d.i.a./s.c.i.a., generalmente esposti, a tempo indeterminato (d'ufficio o su ordine del giudice all'esito dell'azione avverso il silenzio prevista dall'art. 19, co. 6-ter, quale – unica – forma di tutela del terzo contro la d.i.a./s.c.i.a.), alle medesime (tendenzialmente gravi) sanzioni previste a carico di quanti abbiano (consapevolmente o comunque colpevolmente) agito in totale assenza di ogni titolo. Strumenti creati – e declamati – come misure di semplificazione e paraliberalizzazione delle attività economiche finivano così per tradursi in un pesantissimo boomerang per i loro (peraltro generalmente forzati) utilizzatori, per il solo fatto del mancato tempestivo esercizio, da parte dell'amministrazione, del potere/dovere di controllo sulla sussistenza dei presupposti per l'utilizzo dello strumento della d.i.a./s.c.i.a. o per l'esercizio dell'attività oggetto dell'istanza (con conseguente illegittima omissione dell'espletamento dei poteri inibitori, repressivi e/o conformativi di cui all'art. 19, co. 3 o illegittima formazione del titolo implicito di accoglimento».

adito ad una disciplina fortemente ambigua se non contraddittoria e a conseguenti problematiche interpretative di non poco conto⁶⁸.

Se per un verso la nuova formulazione mette fuori gioco le critiche sorte sulla base di quella precedente circa l'estendibilità dell'esercizio dei poteri di secondo grado nei confronti di un atto non della stessa amministrazione ma del privato, e quindi in assenza, di fatto, di un provvedimento di primo grado, per l'altro rimane un altro aspetto, meno immediato, ma ugualmente critico. Il fatto che con il rimando all'art. 21 *nonies* si consente all'amministrazione, tramite un mero atteggiamento inerte, di trasformare un potere vincolato (quello inibitorio) in un potere discrezionale, risulta un'operazione irragionevole, contraddittoria se non addirittura controproducente rispetto all'obiettivo primario della disposizione. Assegnare ingiustificatamente all'amministrazione, oltre il termine dei sessanta giorni, l'ulteriore termine di dodici mesi previsto per l'emanazione del provvedimento di secondo grado, svela la presa d'atto da parte di un legislatore, inerme e arrendevole, delle inefficienze dell'amministrazione a cui il rimando all'autotutela sarebbe, dunque, chiamato a sopperire come una "toppa", risultando sistemicamente sbagliato e difficilmente accettabile⁶⁹. L'inefficienza

⁶⁸ In questo senso anche M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in www.federalismi.it, 2015 che rileva «Alcune delle persistenti ambiguità del testo legislativo derivano, probabilmente, dalla impostazione generale con cui è affrontato il tema del controllo amministrativo sull'iniziativa privata. Il legislatore degli ultimi anni continua a manifestare una totale fiducia nell'istituto della SCIA, considerato come l'espressione più avanzata ed efficace delle politiche di liberalizzazione delle attività private soggette alla verifica pubblica. Si ritiene che questa figura attui il massimo "alleggerimento" degli oneri burocratici imposti ai privati, senza sacrificare eccessivamente gli interessi generali perseguiti attraverso le verifiche spettanti alle amministrazioni. Altrettanto evidente e diffusa appare la convinzione secondo cui la SCIA, per realizzare la sua missione liberalizzatrice, deve essere modellata secondo paradigmi totalmente "privatistici". Va abbandonata, quindi, ogni diversa suggestione ricostruttiva imperniata sullo schema del silenzio assenso "semplificato", o dell'autorizzazione tacita. Anche la legge n. 124/2015 sembra preoccuparsi essenzialmente del valore "simbolico" attribuito alla affermata espansione della SCIA e alla sua esplicita configurazione generale in termini negoziali. In questo modo risulta trascurata una chiara regolamentazione della figura e del suo concreto funzionamento nella realtà quotidiana. Anzi, il rifiuto pregiudiziale di ogni possibile "contaminazione", anche solo indiretta o marginale, con il regime dell'autorizzazione tacita, ha condotto alla formazione di una disciplina densa di lacune e antinomie».

⁶⁹ In questo senso anche M. RAMAJOLI, *La S.C.I.A. e la tutela del terzo* cit., p. 331 che mette chiaramente in luce come «Presente nella logica della S.C.I.A. è una particolare attenzione nei riguardi della posizione del privato grazie all'eliminazione di tutte le procedure non necessarie, ma anche la realistica presa d'atto che le amministrazioni non sono in grado di assolvere tempestivamente ai propri compiti accertativi. In realtà, con la s.c.i.a. i pericoli insiti in questa disfunzione amministrativa non sono eliminati, bensì solo spostati dal punto di vista temporale: vi è sempre un problema di non uso dei poteri amministrativi di controllo».

dell'amministrazione, consistente in questo caso nell'incapacità di rispettare il termine in prima battuta assegnatole per l'esercizio della funzione, non può costituire il presupposto dell'attribuzione di un ulteriore potere che, lungi dall'essere idoneo a soddisfare l'esigenza di tutela dell'affidamento del privato stante quanto già trapelato dalle pagine precedenti circa la non ritenuta adeguatezza della tutela ponderativa, non fa altro che aggravare – invece che semplificare - una disciplina già di per sé problematica, in termini sia temporali (60 giorni + 12 mesi) sia di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e tutela dei terzi⁷⁰.

Permangono, altresì, dubbi di fondo sulla configurabilità in sé di un affidamento in caso di s.c.i.a. Infatti, all'esigenza di non sacrificare la posizione del privato, basata sull'assunto che l'inerzia dell'amministrazione esprima comunque una forza legittimante, si contrapporrebbero la mancanza di un vero e proprio provvedimento, che renderebbe l'affidamento se non altro più debole rispetto all'ipotesi di autoannullamento, e il principio di autoresponsabilizzazione, su cui è costruita l'intera disciplina⁷¹. Si è detto a tal proposito che la norma introdurrebbe un paradigma relazionale che sposta la responsabilità dall'amministrazione al privato, che in sostanza sarebbe chiamato a «fare affidamento su sé stesso», configurando un controllo mirato non a dare certezza al segnalante ma alla funzionale tutela dei terzi e all'interesse pubblico. Una tale ricostruzione non convince in ragione sia del fatto che, come accennato, la disciplina non elimina il potere di controllo dell'amministrazione ma semplicemente lo posticipa rimanendo dunque ferme le sue responsabilità, sia, molto banalmente, del fatto che i poteri di controlli possono e, anzi, quasi sempre sono, strumentali a diversi fini/interessi, talvolta – come in questo caso - apparendo anche strettamente legati fra loro, per cui uno non necessariamente esclude l'altro. Proprio lo studio dell'evoluzione dei poteri di riesame ha permesso di rilevare un altro processo evolutivo, che va di pari passo con la sempre

⁷⁰ Cfr. su quest'ultimo punto G. GRECO, *La scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2011, p. 359 ss.

⁷¹ G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, pp. 128-133.

maggior complessità della società e degli ordinamenti e che avrebbe prodotto una «rinnovata ontologia dell'interesse pubblico, divenuto sempre più inclusivo e sempre meno confliggente, tale perché connesso, nel suo inverarsi, al coesistente interesse privato»⁷².

In ogni caso, al di là dei dubbi su tale ricostruzione, il “dato giuridico essenziale”, come d'altra parte non nascondono i sostenitori della stessa, ricade ancora una volta sulla questione della configurabilità di un affidamento scaturente da un atto privo dei requisiti previsti dalla legge, con la particolarità che in questo caso l'atto è un atto del privato. Ma forse questa caratteristica solo apparentemente complica il quadro, nel senso che è proprio la *ratio* dell'istituto e la coerenza intrinseca della sua disciplina che può aiutare a sbrigliare quel nodo di incertezze e ambiguità che connota l'istituto.

La possibilità di iniziare l'attività sulla base di un atto di natura non provvedimentale, come ormai associato dalla nuova lettera della norma, ma assistito dalla certificazione di un professionista e la previsione di un termine per l'espletamento dei poteri pubblici di verifica è potenzialmente in grado di realizzare una sintesi equilibrata di tutti gli interessi coinvolti. Un tale regime permette, infatti, innanzitutto al privato di realizzare il suo interesse (l'inizio dell'attività) immediatamente, attraverso l'assunzione di un rischio (circa la mancanza dei requisiti) che, però, in ragione della necessaria attività del professionista, si presume minimizzato. Allo stesso tempo la previsione del termine entro cui esercitare le verifiche da parte dell'amministrazione è idonea a far slittare la configurabilità dell'affidamento al momento successivo della scadenza del termine per l'esercizio dei poteri inibitori, risultando salvaguardato l'interesse pubblico alla legalità, avendo l'amministrazione tutto il tempo per effettuare le verifiche, e quello di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento.

Bisogna però mettere in luce quanto segue: dire che il mancato esercizio del potere produce l'effetto giuridico dell'affidamento significa dare un qualche significato al silenzio dell'amministrazione. Si potrebbe ritenere che attribuire a tale significato quello di legittimazione all'attività potrebbe essere la soluzione

⁷² E. GIARDINO, *L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma*, in *Gior. dir. amm.*, n. 4/2018, p. 439 ss.

atta a garantire il migliore equilibrio tra gli interessi in gioco e la coerenza della logica interna all'istituto. L'assimilazione provvedimentale consentirebbe pure, a questo punto sì, l'esercizio dei poteri di riesame, da ultimo riproponendosi così *tout court* tutte le questioni che si sta cercando di sviscerare con questo intero lavoro.

Sennonché, tale ricostruzione risulta in contrasto col diritto positivo che non solo pone uno schema di legittimazione originaria all'attività, derivante direttamente dalla legge, ma disegna una netta distinzione tra gli istituti di cui agli artt. 19 e 20 LPA. Inoltre, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, l'attribuzione di un significato positivo al silenzio è tutt'altro che una soluzione risolutiva, essendo anche quell'istituto gravato da non poche problematicità⁷³.

Infine, il legislatore ha accolto una forma "ridotta" di tutela del terzo che smentisce la significatività del silenzio, configurandolo invece come inadempimento (co. 6 ter, art. 19, LPA)⁷⁴. Ciò che, peraltro, ha riaperto la «questione della razionalizzazione dell'intera figura, perché innesta il rimedio del silenzio-inadempimento – concepito essenzialmente per il mancato esercizio di

⁷³ Si veda in questo senso R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, p. 193 ss., che, oltre a ritenere la figura del silenzio assenso «tanto emblematica e paradigmatica, quanto, peraltro, preoccupante e persino disarmante» date le sue «insufficienze e distorsioni», nella prospettiva della tutela del terzo, ritenuto «il soggetto debole per eccellenza, ossia, quasi ontologicamente, quel soggetto (o quella pluralità di soggetti prima in qualche modo interessati al procedimento amministrativo e poi coinvolti dal processo) che dal gioco più o meno lineare e virtuoso che si dispiega fra l'amministrazione procedente e il diretto destinatario del provvedimento finale corre il rischio di perderci, di perderci più degli altri, anche a causa della eventuale sottorappresentazione del suo punto di vista», rileva che «è sempre e comunque la posizione del terzo, nel contesto di entrambi i modelli positivi di semplificazione amministrativa, a palesare una certa 'sofferenza' per rimediare alla quale occorre apprestare le opportune misure 'compensative' e 'di sostegno'».

⁷⁴ Secondo L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella Sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, p. 215 ss. «la riduzione della tutela del terzo è figlia della conformazione impressa alla SCIA sul piano sostanziale (perentorietà del termine per l'esercizio del potere inhibitorio; sopravvivenza, oltre quel termine, di un potere di autotutela *sui generis* che si accosta a quelli sanzionatori, variamente concepiti dalle singole normative di settore, impedendo che l'omesso esercizio di questi ultimi, quando passibili di tradursi in misure ripristinatorie, sia 'giustiziabile' allo stesso modo in cui lo sarebbe in assenza della problematica previsione legislative della 'autotutela'»).

poteri ampliativi – in una fattispecie ove sono presenti poteri inibitori e ripristinatori»⁷⁵.

Se così stanno le cose rimangono, dunque, ancora delle perplessità.

Viene da chiedersi, innanzitutto, dove stia la semplificazione se per il configurarsi dell'affidamento devono trascorrere 60 giorni, il doppio, tra l'altro, del termine ordinatorio dei 30 giorni. Ma, come anticipato, la risposta risiede nella possibilità, seppur dispendiosa, di iniziare subito l'attività, senza attendere il provvedimento autorizzatorio dell'amministrazione, accollandosi un rischio ben calcolato, presumendosi che l'attività del professionista valga ad acquisire la quasi certezza che non vengano adottati provvedimenti inibitori.

Secondariamente, quantomeno curiosa appare la vicenda riguardante il terzo controinteressato. Infatti, a tal proposito non è stato difficile rilevare il “paradosso” per cui «un istituto nato per ‘liberarsi’ dell'atto ha determinato, sul piano processuale, l'esigenza di ‘recuperare l'atto’, onde offrire al terzo una tutela effettiva e in forma specifica della propria pretesa, (...) sul presupposto, talvolta obliquo ma comunque chiaro, che l'atto integri una garanzia di giustizia»⁷⁶.

A conclusione di queste notazioni, si può affermare che la s.c.i.a., nata per semplificare, è finita invece per complicare il quadro entro cui opera, creando più problemi di quanti ne dovesse risolvere, probabilmente perché, come qualcuno ha sottolineato, si è confuso la complessità con la complicazione col risultato disastroso di una disciplina disfunzionale, costantemente bisognosa di ritocchi e ricalibrature e produttiva di una giurisprudenza altrettanto arraffazzonata.

Ciò che si vuole davvero sottolineare, però, è che il tema dell'affidamento si è rivelato in tal senso un'efficacissima cartina di tornasole in grado di mettere in

⁷⁵ G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19, L. 241/1990)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2014, p. 645 ss.

⁷⁶ R. BERTOLI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2017, p. 1381 ss. Nello stesso senso M. RAMAJOLI, *La S.C.I.A. e la tutela del terzo cit.*, p. 333. che, rilevato che «il tratto distintivo della s.c.i.a., inizio e fine di tutte le difficoltà ricostruttive dell'istituto, è proprio la soppressione del regime provvedimentale e il problema processuale della s.c.i.a. è precisamente quello di capire come possa darsi una tutela del terzo in mancanza di un atto amministrativo da impugnare», ritiene «necessario che l'ordinamento predisponga una specifica ed adeguata azione a tutela del terzo, non essendo sufficiente un mero rinvio alle azioni già disciplinate dal codice» le quali «sono state tutte concepite avendo a riferimento un diritto amministrativo sostanziale caratterizzato da un regime provvedimentale».

luce questioni e problematiche irrisolte, a conferma, ancora una volta, del suo immanente carattere sistemico.

2.3 I “costi” in termini di affidamento della normalizzazione di strumenti rimediali

Ed eccoci allora all'altro istituto di semplificazione di fronte al quale tradizionalmente si pone una questione di affidamento e cioè il silenzio assenso. Ai sensi dell'art. 20, l. n. 241/1990, «Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide» se, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della domanda, la medesima non comunica all'interessato il provvedimento di diniego o non indice una conferenza di servizi⁷⁷.

Come nella SCIA, anche in questo caso l'istituto è sempre stato accompagnato da problemi interpretativi di fondo, primo fra tutti quello di coordinamento con l'art. 2 dello stesso corpo normativo, che pone come regola generale l'obbligo a carico dell'amministrazione di concludere il procedimento tramite l'adozione di un provvedimento espresso. Proprio lo studio del rapporto tra le due norme aiuta, però, a sbrigliare un'altra questione quale quella della *ratio* del silenzio. Si condivide, infatti, la tesi per cui la previsione generalizzata del silenzio assenso, ritenuto ormai applicabile anche alle fattispecie che richiedono l'esercizio di un potere discrezionale, non vale a escludere la sussistenza in capo all'amministrazione di esprimersi nei termini con l'adozione di un provvedimento espresso, dovendosi piuttosto ritenere che il silenzio si configura come un rimedio contro la situazione patologica data dall'inerzia dell'amministrazione, lesiva sia per il privato che per l'interesse pubblico consistendo di fatto nella negazione

⁷⁷ Il comma 4 prevede i casi di esclusione, ancora una volta legati a interessi particolarmente sensibili.

della funzione. L'effetto garantistico dovuto alla legale assimilazione dell'inerzia ad un provvedimento favorevole consente di affermare che il silenzio assenso non comporta affatto il superamento del modello provvedimentale e che «nonostante la segnalata polisemia dei concetti di semplificazione e liberalizzazione, appare chiaro che il silenzio assenso sia riconducibile unicamente alla prima», (...) «non essendo espressione di quel processo di implementazione di moduli di autoamministrazione, che pure da tempo connota l'evoluzione del nostro ordinamento»⁷⁸.

Rimangono, invece, preponderanti le incertezze circa la natura del silenzio e di conseguenza gli effetti, sul potere e sulla posizione del privato, ad esso riconducibili ed è qui che entra in gioco il tema dell'affidamento. Si tratta di stabilire se e in che misura il silenzio, talvolta inteso con valenza attizia come un provvedimento amministrativo tacito, talaltra come mero comportamento pur produttivo di effetti, sia idoneo a costituire una base affidante in grado di tutelare la posizione del cittadino. Ancora una volta è determinante un approccio sistemico e incentrato sulla *ratio* dell'istituto.

Innanzitutto, pare ormai impossibile negare che con lo spirare dei termini per la conclusione del procedimento si realizza la consumazione del potere dell'amministrazione a cui risulta, dunque, preclusa l'adozione di un provvedimento tardivo, altrimenti vanificandosi quelle esigenze di certezza e di garanzia che ispirano l'istituto. Ciò pare oggi pacificamente confermato dalla norma sull'inefficacia di cui al comma 8bis dell'art. 2 LPA e dalla possibilità di intervenire in autotutela che presuppone un assetto di interessi già definito. Inoltre, la possibilità di procedere all'annullamento d'ufficio insieme all'espressa applicabilità del comma 2ter dell'art. 21 LPA (sulla responsabilità del dipendente che non abbia tempestivamente rilevato la mancanza dei requisiti) ai casi di silenzio-assenso, presupponendo la produzione di effetti, toglie linfa vitale alla tesi dell'inconfigurabilità dell'affidamento di fronte ad un silenzio maturato in assenza dei requisiti previsti per l'emanazione del provvedimento che ne impedirebbe la perfezione. D'altronde se l'istituto del silenzio è nato proprio per

⁷⁸ M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in www.federalismi.it, 15 aprile 2020.

equipararlo al provvedimento, come quest'ultimo è efficace fino alla dichiarazione di annullamento, lo stesso deve valere per il silenzio, risultando inconferente, perché non contemplato nella *ratio* dell'istituto, anche il riferimento all'autoresponsabilizzazione del privato. Difficile, alla luce di tutto quanto detto e cioè della logica dell'istituto, sostenere che «il privato non può far affidamento sull'esistenza di requisiti che lui stesso sa (dovrebbe diligentemente sapere) di non possedere»⁷⁹, quando la disciplina è tutta volta piuttosto a dare consistenza alla pretesa che sia l'amministrazione diligentemente a non sottrarsi all'esercizio delle sue funzioni.

Ma soprattutto, il carattere rimediabile dell'istituto incarna l'intento del legislatore di evitare che le conseguenze dell'inefficienza dell'amministrazione siano sopportate dal diretto interessato. Per come la si vede, questo dovrebbe tradursi, innanzitutto, nell'eguaglianza della situazione giuridica di chi si trovi di fronte a un provvedimento e chi di fronte al silenzio, innanzitutto proprio in termini di affidamento. Sennonché dal dato reale delle relazioni con altri privati ma anche con altre amministrazioni (difficoltà a dimostrare il possesso del titolo) emerge uno scostamento tra il risultato giuridico e quello pratico dell'assimilazione, laddove si riscontra che il beneficiario del silenzio si ritrova titolare di un affidamento indebolito dalla mancanza di un'istruttoria e della relativa motivazione e di una maggiore probabilità di essere soggetto all'esercizio di poteri di autotutela, per cui l'equiparazione alla posizione del destinatario del provvedimento sarebbe solo apparente o astratta. Tale esito, che mal si concilia con la neutralità che dovrebbe accompagnare ogni intervento di semplificazione, non sembra pienamente arginabile neanche dalla recente introduzione dell'obbligo del rilascio della ricevuta attestante il decorso del termine (co.2bis), la cui utilità pare essere limitata all'attestazione del *dies a quo* dell'avvio del procedimento. Lascia perplessi anche l'idea per cui il silenzio assenso asseconderebbe la possibilità dell'assenza solo della fase decisoria e non anche di quella istruttoria a cui l'amministrazione rimarrebbe tenuta⁸⁰. Al di là del fatto che non si vede né

⁷⁹ G. MANNUCCI, *L'affidamento* cit., p. 143.

⁸⁰ Cfr. M. C. CAVALLARO, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica del silenzio significativo della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, n. 11/2009, p. 3196 ss.

quale utilità possa avere un'istruttoria che non rifluisca in un provvedimento né come si possa verificare che, in assenza del provvedimento, tale obbligo sia adempiuto, ci si chiede quale spazio residui per un'esigenza di semplificazione se a rimanere ferma è quella fase che richiede più tempo e risorse. Lungi dal voler affermare con ciò che la soluzione a questa contraddizione in termini è l'eliminazione della fase istruttoria, ciò che si vuole dire è che, se si assume che l'amministrazione deve trovare il modo di procedere e concludere l'istruttoria, non si capisce cosa possa impedire o perché non si voglia procedere all'adozione del provvedimento finale che rispetto all'istruttoria è un nonnulla!

Da tutto quanto detto, emerge la persistenza di gravi incertezze e criticità rilevabili nel momento in cui si riscontra che «il legittimo affidamento del cittadino, subisce una evidente *deminutio* di tutela a causa della scelta della p.a. di concludere il procedimento in maniera silenziosa, e ciò in ragione della assoluta mancanza di qualsiasi garanzia circa la effettiva valutazione della fondatezza dell'istanza»⁸¹.

Ma è proprio in ragione di tale considerazione che un dato, più di altri, appare incontrovertibile: l'assenza del provvedimento non fa che aggravare le problematiche sistemiche legate all'affidamento, motivo per cui risulta urgente riscoprirne il ruolo fondamentale affermando con fermezza il suo valore in chiave garantistica per l'interesse del privato, l'interesse pubblico e quello del terzo. Il silenzio-assenso non può, quindi, tramutarsi in un modo fisiologico e generalizzato di esercizio della funzione, dovendo, al massimo, essere inteso come strumento eccezionale per far fronte ad una situazione che ancora una volta si ribadisce essere patologica. Per taluni anche una tale concezione limitativa sarebbe comunque troppo, in considerazione delle criticità e difficoltà di funzionamento talmente forti da rivelarne la "intrinseca irrazionalità" e "povertà logica" che lo rendono uno strumento talmente rozzo che mal si giustificerebbe la sua stessa esistenza. Specificamente, il silenzio-assenso in quanto finzione giuridica non sarebbe idoneo a dare certezza, alimentando anzi solo incertezze; esprimerebbe «un'idea ordalica del diritto» in cui l'assetto degli interessi pubblici

⁸¹ M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in www.federalismi.it, 15 aprile 2020.

e privati è rimesso «alla circostanza, incerta e non prevedibile, se l'amministrazione riuscirà o non riuscirà (oppure vorrà o non vorrà) provvedere nei termini sulla domanda» e quindi fondamentalmente al caso, ciò che finirebbe da ultimo per provocare disparità di trattamento; e soprattutto «scarica la sanzione sul bene protetto» e non sull'amministrazione, comportando sul piano della razionalità della funzione pubblica, «un'abdicazione all'essenza della missione della funzione amministrativa, che è quello di prevenire e comporre i conflitti»⁸².

A questo punto pare abbastanza matura e completa la discussione per non fare riferimento anche a un altro aspetto: entrambi gli istituti da ultimo analizzati poggiano su radicate e innegabili inefficienze dell'amministrazione, andando ad incidere sul modo di svolgimento della funzione invece che su quelle che si ritengono essere le vere radici del problema e cioè l'organizzazione amministrativa. Prima di andare ad occuparsi dei diversi moduli, schemi, modelli attraverso cui prende forma l'attività dell'amministrazione e quindi se si vuole, della parte dinamica non sarebbe logicamente necessario occuparsi previamente della parte "statica" dell'azione amministrativa e cioè dell'organizzazione andando quindi ad intervenire sui modelli di organizzazione del lavoro, sulla formazione dei dipendenti pubblici e di conseguenza inevitabilmente sulla loro responsabilità? L'aver tentato di risolvere problemi organizzativi con soluzioni concernenti l'attività, ha dato esiti che, come si è visto, appaiono lontani dallo scopo se non addirittura controproducenti, complicando, invece che semplificare, il funzionamento degli ingranaggi amministrativi. È tanto banale e facilmente intuibile che i ritardi e gli errori delle amministrazioni dipendono dagli aspetti organizzativi su richiamati che non è più giustificabile l'assenza di interventi in tal senso. Un'amministrazione ben organizzata, capace e responsabile, efficace in termini di risultato e quindi in definitiva funzionante è indispensabile all'acquisizione di quell'autorevolezza istituzionale che fin dall'inizio di questo lavoro si è indicata come il primo fattore su cui si fonda la ragione della tutela dell'affidamento dei cittadini nei confronti del soggetto pubblico.

⁸² P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in Riv. giur. ed., n. 2/2022, p. 77 ss.

3. Le concessioni demaniali marittime

3.1 La vicenda

Per completare il quadro degli ambiti principali che di recente sono tornati alla ribalta attraverso il canale dell'affidamento non si può non affrontare da ultimo la vicenda che proprio in questi anni ha riguardato lo specifico tema delle c.d. concessioni balneari, la cui disciplina interna è risultata non conforme all'ordinamento sovranazionale⁸³. Ciò anche in relazione al fatto che le criticità dell'impianto normativo su cui si innestano derivano dalla circostanza che “le concessioni di beni, in luogo di regolare solamente l'uso del bene concesso, si spingano sovente sino a disciplinare profili direttamente connessi con l'attività di impresa svolta sul medesimo bene”⁸⁴.

L'importanza del tema si riscontra con riferimento a tutti gli ambiti scientifici che afferiscono alla macroarea delle scienze sociali. Oltre alle fondamentali questioni scaturite in campo giuridico, al cui stesso interno la vicenda in esame è caratterizzata dal fitto intrecciarsi di questioni afferenti a diversi rami del diritto (amministrativo, costituzionale, eurounitario, processuale), è nota la rilevanza che il fenomeno delle concessioni di beni del demanio marittimo ha avuto sul piano politico, economico e sociale. Sotto quest'ultimo profilo è, altresì, nota la risonanza mediatica che ha scortato la tematica e che, curiosamente, ha contribuito, secondo meccanismi tanto affascinanti quanto inquietanti, a garantire ad un istituto così tecnico e discusso e, per questo, ancora

⁸³ Per un inquadramento dell'istituto si rimanda a F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e sistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2020, p. 261 ss. Per uno sguardo comparatistico si rimanda a A. SANDULLI, *Riflessioni a margine della recente pronuncia della Corte di Giustizia sulle concessioni balneari*, in *Foro amm.*, n. 2/2023, p. 111 ss.

⁸⁴ Questo aspetto, insieme alle altre specificità dell'istituto che valgono a distinguerlo da altre fattispecie, è approfondito da C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in www.federalismi.it, 28 dicembre 2016.

alla ricerca di una precisa sistemazione teorica, una notevole presa sul tessuto sociale.

È, dunque, ancora una volta, con gli occhi della multidisciplinarietà, trasversalità e sensibilità civica che si deve dare un primo sguardo a questa complessa vicenda, anche per la molteplicità degli attori istituzionali coinvolti, di cui in prima battuta occorre ripercorre sinteticamente le tappe. Su una tale base sarà possibile, poi, indossare le lenti del giurista per studiarne le implicazioni nel campo del diritto, con specifico riguardo verso i risvolti in tema di affidamento che qui interessano.

In origine e ancor di più a seguito di più recenti modifiche, la disciplina interna delle concessioni demaniali marittime era incentrata su un sistema di rinnovo automatico e generalizzato del titolo, sintetizzato attraverso la figura del c.d. diritto di insistenza⁸⁵. Essa è entrata nel “mirino” delle istituzioni europee con l’emanazione della famigerata Direttiva n. 2006/123/CE, conosciuta ai più come Direttiva Bolkenstein, dal nome del suo promotore, mentre i tecnici vi si riferiscono, rifacendosi al nome che le è proprio, come Direttiva Servizi. Tale corpo normativo contiene, difatti, «disposizioni generali che permettono di agevolare l’esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi» (art. 1), da intendersi quali «qualsiasi attività economica non salariata di cui all’articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione» (art. 4).

In particolare, fatta salva, a determinate condizioni, la possibilità per lo Stato membro di subordinare l’accesso all’attività e il suo esercizio ad un regime

⁸⁵ A venire in questione è il risalente art. 37, co. 3 del Codice della Navigazione (R.D. n. 327/1940), alla cui formulazione originaria che, nel caso di più domande di concessione, già prevedeva l’attribuzione di preferenza a favore del precedente concessionario, si sostituiva quella predisposta con l’art. 2, co. 1, d.l. n. 400/1993, così come convertito con modifiche dalla l. n. 494/1993, ai sensi del quale «È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata» (secondo periodo). L’art. 10, co. 1, l. n. 88/2001 aveva in seguito disposto che “Il comma 2 dell’articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, è sostituito dal seguente: «2. Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell’articolo 42 del codice della navigazione».

di autorizzazione (art. 9), il legislatore europeo non solo impone, in caso di limitazione delle autorizzazioni disponibili necessitata dalla scarsità delle risorse naturali, l'adozione di una procedura di selezione dei candidati improntata all'imparzialità, trasparenza e pubblicità, ma espressamente prevede che l'autorizzazione debba avere una durata limitata e vieta rinnovi automatici e l'attribuzione di altri vantaggi sia al prestatore di servizio uscente che a soggetti a questi legati (art. 12).

In disparte il recepimento formale della direttiva⁸⁶, lo scostamento dall'ordinamento comunitario viene contestato dalla Commissione europea con un primo atto di messa in mora del 21 gennaio 2009 (n. 2008/4908), in cui si rileva il contrasto della normativa italiana che si tradurrebbe in una ingiustificata discriminazione in base allo stabilimento, in violazione dell'art. 43 del TFUE tale da provocare «una rottura nella parità di trattamento tra gli operatori economici» rendendo «estremamente difficile, se non impossibile, l'accesso di qualsiasi altro concorrente»⁸⁷.

È parso evidente l'atteggiamento di cronica riluttanza del legislatore italiano a conformarsi all'ordinamento sovranazionale, che ha segnato l'evolversi della vicenda fino agli sviluppi più recenti, resistendo ai vari governi che si sono susseguiti.

Pur contestualmente alla espressa soppressione del diritto di insistenza, attraverso un mirato rinvio legislativo, ha trovato conferma quella che pare essere diventata una vera e propria prassi, consistente nel procedere per proroghe legislative che equivalgono a rinnovi automatici delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative in essere, nell'attesa del declamato ma mai finalizzato procedimento di revisione del quadro normativo nel

⁸⁶ Avvenuto con d. lgs. n. 59/2010. Cfr., per la parte che qui interessa, l'art. 16.

⁸⁷ Costata la Commissione che «secondo la giurisprudenza costante della Corte, non è necessario che le disposizioni in questione favoriscano tutte le imprese italiane rispetto alle imprese straniere per ritenere che esista una discriminazione. Basta che il regime preferenziale vigente avvantaggi una categoria di fornitori nazionali o anche un solo operatore (...). In questo caso, si tratta di società che sono già titolari di concessioni del demanio pubblico. Pertanto, sebbene tutte le imprese italiane non siano favorite nei confronti delle imprese straniere, nondimeno tutte le imprese favorite sono italiane» (punto 12).

rispetto dei principi europei⁸⁸. Ciò che ha dato adito ad un ulteriore lettera di messa in mora complementare da parte della Commissione europea⁸⁹. Tuttavia, in seguito al successivo adeguamento del legislatore italiano ai rilievi effettuati dalla Commissione, questa archiviava la procedura di infrazione⁹⁰.

⁸⁸ Con l'art. 1, co. 18, d. l. n. 194/2009 si prevedeva che «Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla [legge 5 maggio 2009, n. 42](#), nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'[articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131](#), che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del [codice della navigazione](#), che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 è prorogato fino a tale data». In sede di conversione tale data è stata spostata al 31/12/2015 (l. n. 25/2010 che attraverso il su richiamato rinvio consentiva il rinnovo automatico di 6 anni in 6 anni) per poi essere di nuovo slittata al 31/12/2020 (d.l. n. 179/2012).

⁸⁹ Atto di messa in mora complementare del 2 maggio 2010 con cui la Commissione rilevava la difformità della disciplina italiana rispetto all'ordinamento europeo, scaturita dalle modificazioni preposte in sede di conversione del d.l. n. 194/2009 ad opera della l. n. 25/2010, laddove i «rinvii successivi privano di ogni effetto utile il testo del decreto-legge, che correttamente mirava alla messa in conformità della legislazione italiana contestata con il diritto dell'Unione europea, eliminando la preferenza in favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni. Il testo dell'articolo 1(18) della precitata legge di conversione, nella sua redazione attuale, prevede chiaramente il rinnovo automatico, di sei anni in sei anni, per le concessioni che arrivano a scadenza. Questo rimette in questione l'intero approccio tenuto dal decreto-legge del 30 dicembre 2009».

⁹⁰ L'art. 11, l. n. 217/2011 (legge comunitaria 2010), è stato abrogato il co. 2 dell'art. 01 del D.L. n. 400/1993 e ha delegato il Governo «ad adottare, entro quindici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri delle infrastrutture e dei trasporti, dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico, per la semplificazione normativa, per le politiche europee e per il turismo, previa intesa da sancire in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime secondo i seguenti principi e criteri direttivi: a) stabilire limiti minimi e massimi di durata delle concessioni, entro i quali le regioni fissano la durata delle stesse in modo da assicurare un uso rispondente all'interesse pubblico nonché proporzionato all'entità degli investimenti; b) prevedere criteri e modalità di affidamento nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti; c) individuare modalità per la riscossione e per la suddivisione dei proventi derivanti dai canoni tra comuni, province e regioni; d) fermo restando, in assoluto, il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini di balneazione, disciplinare le ipotesi di costituzione del titolo di uso o di utilizzo delle aree del demanio marittimo; e) individuare i casi in cui le concessioni nuove, decadute o revocate sono assegnate nell'ambito dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni; f) prevedere criteri per l'equo indennizzo del concessionario nei casi di revoca della concessione demaniale, nei casi previsti dall'articolo 42 del codice della navigazione; g) stabilire criteri per l'eventuale dichiarazione di decadenza delle concessioni, nonché criteri e modalità per il subingresso in caso di vendita o di affitto delle aziende».

Parallelamente, attraverso il vaglio di costituzionalità di cui all'art. 117, co. 1 Cost., anche la Corte costituzionale ha avuto modo, negli stessi anni, di dire la sua su più o meno analoghi meccanismi di proroga adottati da diversi legislatori regionali rilevandone la illegittimità costituzionale⁹¹.

Stanti così le cose, non ci è voluto molto prima che la questione arrivasse alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, come è, infatti, di lì a poco accaduto attraverso due rinvii pregiudiziali, ad opera del TAR Lombardia e del TAR Sardegna. I giudici amministrativi rimettevano ai giudici lussemburghesi la questione se «i principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, nonché il canone di ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica, la cui durata viene incrementata per legge per almeno undici anni, così conservando in via esclusiva il diritto allo sfruttamento ai fini economici del bene in capo al medesimo concessionario, nonostante l'intervenuta scadenza del termine di efficacia previsto dalla concessione già rilasciatagli, con conseguente preclusione per gli operatori economici interessati di ogni possibilità di ottenere l'assegnazione del bene all'esito di procedure ad evidenza pubblica»⁹² e anche se l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE1 osti ad una

⁹¹ Cfr. Corte cost., n. 180/2010 in cui nel delegittimare l'art. 1, l. r. Emilia-Romagna n. 8/2009, il quale prevedeva la possibilità, per i titolari di concessioni demaniali, di chiedere la proroga della concessione, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio, subordinatamente alla presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene, anche nel caso di già intervenuta scadenza del titolo, afferma che «non vi è alcun affidamento da tutelare con riguardo alla esigenza di disporre del tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute per ottenere la concessione, perché al momento del rilascio della medesima il concessionario già conosceva l'arco temporale sul quale poteva contare per ammortizzare gli investimenti, e su di esso ha potuto fare affidamento» per cui, «la previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso, in luogo di una procedura di rinnovo che «apra» il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari». Vd. anche Corte cost., nn. 233/110, 340/210, 213/2011.

⁹² Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia) il 3 ottobre 2014 — Promoiimpresa srl/Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, Regione Lombardia (Causa C-458/14).

disposizione nazionale che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative⁹³.

In risposta a tali solleciti la CGUE ha emesso la nota pronuncia “*Promoimpresa*” del 14 luglio 2016 nella quale si certifica il contrasto della legislazione italiana sia con l’art. 12 della Direttiva Servizi che con l’art. 49 TFUE «che deve essere interpretato nel senso che ostava una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo» che, a sua volta, «deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza economica dell’appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell’appalto in questione»⁹⁴.

Senonché, di lì a poco, da un lato, il legislatore italiano adottava una disposizione transitoria che, in attesa della revisione del quadro giuridico per il rilascio delle concessioni, confermava la validità delle concessioni esistenti in base all’ultima proroga, dall’altro «nelle singole cause dinanzi ai tribunali nazionali tali proroghe non sono state applicate e le concessioni sono state considerate scadute. Tuttavia nella maggior parte dei casi, in particolare in assenza

⁹³ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo per la Sardegna (Italia) il 12 febbraio 2015 – Mario Melis e a. / Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio (Causa C-67/15).

⁹⁴ Cause riunite C-458/14 e C-67/15. Prima ancora la Corte si pronuncia sull’applicabilità della Direttiva servizi al caso di specie, affermando che «Tali concessioni possono quindi essere qualificate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica» sottolineando, altresì, che «le concessioni di cui ai procedimenti principali riguardano risorse naturali ai sensi dell’articolo 12 della direttiva 2006/123, dato che le aree demaniali in questione sono situate o sulle rive del Lago di Garda o sulle coste marittime italiane» e precisando che «la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto» e richiamando l’attenzione sul fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali sono rilasciate a livello non nazionale bensì comunale, ciò che «deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato». Per una migliore comprensione delle dinamiche sottese a questa pronuncia cfr. A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2/2016, p. 160 ss.. Per una lettura critica delle argomentazioni della Corte vd. G. MARCHEGIANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell’ottica della procedura d’infrazione avviata dalla Commissione europea*, in *Urb. e app.*, n. 2/2021, p. 153 ss.

di singole controversie specifiche, le pubbliche amministrazioni hanno considerato tali concessioni ancora valide e ai concessionari uscenti sono stati applicati i corrispondenti diritti ed obblighi»⁹⁵.

Per di più, con la Legge di Bilancio del 2018 veniva adottata l'ennesima proroga generalizzata con scadenza al 31/12/2033 a cui accedeva il successivo conforto delle misure urgenti adottate in risposta alle conseguenze della pandemia con cui si sgomberava definitivamente il campo dalla già remota possibilità dello svolgimento di gare⁹⁶.

Inevitabile a tal punto l'apertura della seconda procedura di infrazione a carico dell'Italia, avvenuta con lettera di costituzione in mora 2020/4118 in cui la Commissione denuncia l'illegalità del quadro giuridico nazionale, dato dalla stratificazione di norme generali, settoriali e, soprattutto, transitorie, laddove non solo «compromette gravemente la certezza del diritto a danno di tutti gli operatori in Italia, compresi gli attuali concessionari, che non possono contare sulla validità delle loro concessioni esistenti» scoraggiando anche gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana, ma preclude anche «qualunque valutazione del singolo caso fondata su criteri di trasparenza, imparzialità e pubblicità», discostandosi dalle indicazioni della CGUE, e soprattutto «nella misura in cui impedisce alle autorità nazionali di disapplicare la legislazione nazionale contraria

⁹⁵ Ciò è evidenziato nella lett. b) del paragrafo 2 della Lettera di costituzione in mora della Commissione europea n. 2020/4118 del 3 dicembre 2020.

⁹⁶Rispettivamente l. n. 145/2018, co. 682 e 683 (si vedano anche i commi da 675 a 684 che pur predispongono l'avvio di un processo di revisione dell'intera materia articolato in quattro fasi: ricognizione e mappatura del demanio costiero; individuazione della reale consistenza dei luoghi; valutazione della scarsità o meno della singola risorsa; individuazione del nuovo regime giuridico del nuovo modello di gestione) e art. 34, d.l., n. 34/2020 ai sensi del quale «Fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti, della [legge n. 145/2018], per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Cfr. anche art. 100, d.l. n. 104/2020 con cui si estende la proroga anche alle concessioni lacuali e fluviali.

al diritto dell'UE, tale disposizione comporta la violazione dell'obbligo di leale cooperazione degli Stati membri, oltre che dell'articolo 12 della DS»⁹⁷.

Il risultato di siffatto reiterato approccio non poteva che essere quello di una grave incertezza normativa, a detrimento degli interessi e le funzioni di tutti i soggetti coinvolti, *id est* operatori economici, amministrazioni locali e organi giudiziari⁹⁸. A questa situazione ha tentato di porre rimedio il Consiglio di Stato, peraltro secondo diversi profili, che si vedranno di seguito, rischiando in concreto di fare peggio che meglio. Basti per il momento rammentare che con le note pronunce nn. 17 e 18 del 2021 (cd. “sentenze gemelle”) i giudici di Palazzo Spada hanno da una parte affermato l’illegittimità delle proroghe *ope legis*, dall’altro hanno loro stessi fissato al 31/12/2023 il termine ultimo risolutivo dell’efficacia delle concessioni già oggetto di proroga, individuando nella disapplicazione il rimedio giuridico per eventuali nuove traslazioni⁹⁹.

Neanche in questo caso la tendenza recidiva del legislatore si è invertita. Dopo un illusorio tentativo di adeguamento¹⁰⁰, sono state disposte ulteriori

⁹⁷ Punto 3.2, Lettera di costituzione in mora della Commissione europea n. 2020/4118 del 3 dicembre 2020.

⁹⁸ Per quanto riguarda la confusione generate presso i giudici vd., nel senso della disapplicazione della disciplina dettata dalla Legge di bilancio per il 2019, si v. Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874 e Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2020 n. 4610. *Contra*, ossia nel senso della applicabilità alla materia in esame della disciplina di cui alla Legge n. 145/2018, si v. - tra le molte - le sentenze “gemelle” Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2019 n. 7251, 7252, 7253, 7254, 7255, 7256, 7257, 7258; Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020 n. 6472; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 27 novembre 2020 n. 1321; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021 n. 72. Sul fronte delle amministrazioni si è registrato che i comuni hanno reagito in modo non univoco, alcuni concedendo la proroga, altri disapplicando la norma nazionale e avviando procedure selettive, altri ancora adottando soluzioni tampone, con proroghe limitate nel tempo in attesa dell’auspicato riordino, altri, infine, omettendo di pronunciarsi sulle istanze dei concessionari.

⁹⁹ Successivamente, prendendo atto delle statuizioni contenute nelle citate sentenze dell’Adunanza Plenaria ma non condividendone le conclusioni, il T.A.R. Puglia ha disposto, con ordinanza n. 743 dell’11 maggio 2022, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sospendendo il giudizio. Per approfondimenti cfr. G. DELLE CAVE, *La vexata quaestio delle concessioni balneari sotto il profilo della “scarsità” della risorsa: i recenti approdi giurisprudenziali (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 2 novembre 2023, n. 1223)*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, n. 3/2023, p. 583 ss.

¹⁰⁰ Vd. l’art. 3, l. n. 118/2022 con cui si è recepito la statuizione del Consiglio di Stato e abrogato i commi 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682 e 683 dell’art. 1, l. n. 145/2018. La legge 14/2023 ha anche disposto un periodo di proroga generale delle attuali concessioni indefinito e potenzialmente illimitato. Infatti: in forza dell’articolo 4, comma 4-bis, della legge 118/2022, inserito dalla legge 14/2023, si fa “*divieto agli enti concedenti di procedere all’emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all’articolo 3, comma 1, lett. a) e b)*” fino all’adozione dei decreti legislativi di cui allo stesso articolo 4 della legge 118/2022. Tuttavia, la delega al Governo per l’adozione di tali decreti legislativi risulta scaduta e non sussiste alcuna

proroghe, l'ultima delle quali al momento in cui si scrive, con scadenza al 30 settembre 2027¹⁰¹. Per non dire del fatto che, nel frattempo, la CGUE si è di nuovo pronunciata sulla applicabilità diretta della Direttiva Servizi al settore delle concessioni balneari e sui conseguenti obblighi a carico degli Stati¹⁰² e che, con parere motivato del 16 novembre 2023, la Commissione europea, stavolta, ha dato seguito alla procedura di infrazione da ultimo intrapresa, confermando che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dall'ordinamento sovranazionale¹⁰³.

3.2 *Gli improvvisi approdi del Consiglio di Stato*

Fra tutte le numerosissime tappe di questa vicenda, quella che ha avuto più ampia risonanza nella letteratura pare essere stata quella avente ad oggetto, con un'espressione che ci è già familiare, le richiamate sentenze gemelle del Consiglio di Stato del 2021¹⁰⁴.

L'attenzione verso questo intervento pretorio discende dall'importanza che esso ha assunto sotto plurimi angoli visuali. La combinazione tra la complessità

indicazione circa un'eventuale nuova delega; la legge 14/2023 ha anche inserito l'articolo 10-*quater* del decreto-legge 29 dicembre 2022, il quale prevede che “*Le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori*”.

¹⁰¹ Con l. n. 14/2023 il termine è stato dapprima spostato al 31 dicembre 2024; con l. n. 131/2024 è stato ulteriormente differito al 30 settembre 2027.

¹⁰² CGUE, C-348/22, *AGCM c. Comune di Ginosa*, 20 aprile 2023. Il T.A.R. Lecce ha, quindi, rigettato i ricorsi della ricorrente dichiarandoli improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse per effetto della normativa sopravvenuta.

¹⁰³ La Commissione conclude che «le autorità italiane non abbiano risposto alle obiezioni sollevate nella lettera di costituzione in mora, in quanto l'incompatibilità della legislazione italiana con l'articolo 12 della direttiva sui servizi e con l'articolo 49 del TFUE non è stata eliminata e gli interventi legislativi adottati durante il periodo successivo all'invio della lettera di costituzione in mora mantengono sostanzialmente lo stato della legislazione vigente al momento dell'emissione di tale lettera. Inoltre, si rileva che la legge 14/2023 è stata adottata nonostante le discussioni intraprese in parallelo con la Commissione volte ad introdurre i principi di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità richiamati nella giurisprudenza della CGUE e nella lettera di costituzione in mora di cui sopra».

¹⁰⁴ Per la verità il Consiglio di Stato aveva già affermato la necessità di privilegiare la necessità di meccanismi di selezione pubblica anche per il rilascio delle concessioni demaniali marittime, in ossequio ai principi europei. Il riferimento è a Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; Cons. St., Ad. Pl., 25 febbraio 2013, n. 5.

intrinseca della vicenda e le particolarità riguardanti il modo con cui sono state rese le due pronunce, nondimeno il loro contenuto e le modalità di applicazione, hanno fatto sì che in esse convergessero i temi più attuali dei diversi ambiti giuridici.

Gli arresti gemellari del Supremo organo di giustizia amministrativa hanno offerto interessanti spunti per chi si occupa dei rapporti tra diritto nazionale e diritto sovranazionale, ma anche per quelli che studiano l'assetto istituzionale dei poteri interni, le loro prerogative ed i rapporti fra gli stessi, così come per coloro che indagano il fenomeno della c.d. crisi della legge, con particolare riguardo allo strano caso delle leggi-provvedimento che assume rilievo tanto sotto il profilo costituzionalistico quanto sotto quello amministrativistico¹⁰⁵.

La premessa, in questo caso, è che i giudici di Palazzo Spada, sentendo il richiamo della legalità, si sono trovati a dover fornire soluzioni a problemi derivanti da uno scenario - verrebbe da dire - quasi drammatico visto l'infinito trascinarsi della vicenda, caratterizzato da una reiterata illegittimità normativa in cui l'abdicazione della funzione da parte del legislatore ha finito per far saltare il delicato equilibrio delle posizioni costituzionali su cui si regge l'intero sistema. È balzato subito agli occhi quello che appare uno sconfinamento dal proprio ruolo da parte del Consiglio di Stato che, assumendo sembianze quasi camaleontiche, nei vari passaggi delle sentenze talvolta pare aver dispiegato un potere para-

¹⁰⁵ Con decreto n. 160 del 2021, il Presidente del Consiglio di Stato rimetteva alla Plenaria le seguenti questioni di diritto: 1) se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; 2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio; 3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della [legge 30 dicembre 2018, n. 145](#).

legislativo, talaltra pare essersi mosso come il giudice delle leggi invece che come il giudice degli atti, o ancora ha destato il sospetto di aver soppiantato o quantomeno confinato l'Amministrazione in uno spazio di manovra molto ristretto.

Partendo dal profilo processuale, a dimostrazione del significativo peso nomofilattico della questione, si è evidenziata la particolare e perfino inedita tecnica con cui la fattispecie è stata sottoposta all'Adunanza plenaria e cioè attraverso il meccanismo di cui all'art. 99, co. 2, c.p.a. che prevede il deferimento d'ufficio da parte del Presidente del Consiglio di Stato¹⁰⁶.

Passando a quello sostanziale e andando con ordine, parte della dottrina non è rimasta convinta in punto di applicabilità della direttiva servizi al caso delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e della sua efficacia¹⁰⁷.

In primo luogo, si è messo in discussione l'efficacia *self-executing* dell'atto normativo euro-unitario, su cui anche l'argomentazione del Consiglio di Stato è apparsa contraddittoria¹⁰⁸. A sostegno della tesi negativa rileverebbe il fatto che la direttiva servizi è stata specificamente recepita dal nostro legislatore con il d. lgs. n. 59/2010, ciò che dimostrerebbe la mancanza di quel livello di dettaglio necessario a comportare una efficacia diretta, e il fatto che la necessità dell'intervento normativo interno è stato più volte ribadito dalla Commissione europea ma anche dagli stessi successivi passaggi delle sentenze in commento¹⁰⁹.

¹⁰⁶ A. GIANNELLI – G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in Riv. it. dir pubbl. comun., n. 5-6/2021, p. 723 ss.

¹⁰⁷ Sul punto si veda E. CANNIZZARO, *In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustiziainsieme.it, 2021.

¹⁰⁸ Cfr. in questo senso anche le note sentenze del TAR Lecce, nn. 1321 e 1322 del 2020.

¹⁰⁹ Nello specifico «laddove si fa riferimento alla possibilità/opportunità di consentire la proroga delle concessioni in essere quando ciò sia finalizzato alla tutela di interessi culturali, sociali, ecc, e alla necessità di prevedere meccanismi idonei in qualche modo a tutelare le posizioni dei gestori uscenti, ma anche – e, si può dire, soprattutto – laddove, dopo aver nettamente dichiarato che gli atti di proroga adottati in attuazione di leggi in tesi inapplicabili devono ritenersi *tamquam non essent*, dilazionano di due anni tale 'inesistenza' sulla scorta di una valutazione di congruità del tempo necessario per disciplinare, allestire e concludere le nuove gare» (M. A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in Dir. e soc., n. 3/2021, p. 331 ss). In quest'ottica, si è detto che «Meglio sarebbe stato allora forse reinterrogare in modo più puntuale la Corte di

Poi è tornata alla ribalta la questione, per il vero mai sopita, della natura della concessione ai fini della sua riconducibilità alla categoria delle ‘autorizzazioni’ con cui si è espresso il legislatore sovranazionale. La vicenda delle concessioni balneari, in cui traspare l’incertezza degli stessi giudici anche in riferimento all’oggetto delle concessioni, è parsa emblematica del percorso evolutivo che tale istituto ha subito nel corso dei decenni, «caratterizzato da una progressiva contrattualizzazione funzionale all’affermazione del principio della concorrenza» cui si affianca il dato dell’inarrestabile ‘erosione’, come conseguenza dell’applicazione del diritto europeo, della categoria delle concessioni amministrative¹¹⁰. In particolare, il Consiglio di Stato, nel solco dell’approccio della giurisprudenza europea, ha rinnegato la tradizionale distinzione tra concessione di beni, come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un’area demaniale, e autorizzazione di attività, come atto che si limita a rimuovere un limite all’esercizio di un diritto preesistente, in favore di una rilettura dell’istituto in chiave sostanzialistica in cui prevale l’effetto economico del provvedimento di concessione. Siffatta interpretazione ha scatenato commenti anche piuttosto severi che vi ravvisano una “deriva funzionalizzante” in cui si assiste alla amministrativizzazione del giudice ordoliberal che si fa funzionario e «patisce un’eccedenza di *telos*’, ritenendosi chiamato ad applicare una norma percepita come mezzo ad un fine», ciò che rappresenterebbe la cifra dello Stato amministrativo nell’epoca neoliberale in cui l’impatto del neoliberismo sulle categorie tradizionali porta ad interrogarsi sullo statuto del diritto post-moderno, sulla sua schizofrenia e o la sua eclissi¹¹¹.

In egual modo, incerto è sembrato il percorso argomentativo dei giudici circa il requisito dell’interesse transfrontaliero certo, pur non dirimente, laddove

giustizia, anche sotto il profilo della possibilità di riconoscere effetti diretti verticali ‘inversi’ della Direttiva al fine di consentire all’amministrazione di applicare immediatamente le sue disposizioni nei confronti dei concessionari. Ancora meglio, tuttavia, sarebbe stato portare un tema così delicato alla Corte costituzionale, sollevando una questione di legittimità costituzionale delle leggi di proroga per violazione degli artt. 11 e 17 Cost. in riferimento all’art. 12 della DS quale parametro interposto di costituzionalità».

¹¹⁰ R. DIPACE, *L’incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l’erosione della categoria*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2021, p. 419 ss., che propone la configurazione della concessione in termini di accordi ex art. 11, l. n. 241/1990.

¹¹¹ GIANNELLI – G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell’Adunanza Plenaria* cit., p. 725.

se ne afferma la sussistenza in via «generalizzata e astratta che mette aprioristicamente sullo stesso piano tutte le spiagge italiane senza alcuna valutazione del singolo caso concreto e, quindi, dello specifico bene demaniale»¹¹².

Infine, ad essere finito sotto i riflettori è stato lo specifico requisito della scarsità della risorsa demaniale marittima che taluni studiosi hanno ritenuto di dover sottoporre ad una più attenta analisi che ha dato esiti in senso dubitativo. Vi è, ad esempio, chi, in ragione di una maggiore oggettività e dunque affidabilità rispetto all'impostazione relativa o empirico-soggettiva sposata dal supremo consesso amministrativo e che non convincerebbe «giacché postula che l'attributo in questione sia inteso non come una caratteristica intrinseca della risorsa considerata, bensì come il riflesso di scelte politiche», ha proposto una accezione assoluta di tale requisito, che identifica la scarsità della risorsa in funzione del carattere esauribile della stessa per cui essa non sussisterebbe per le aree del demanio marittimo¹¹³.

Ma la parte maggiormente attenzionata, perché innovativa o quantomeno originale, è quella del dispositivo insieme a quella (della modulazione) degli effetti della sentenza.

Col primo principio di diritto, rilevato il contrasto delle norme interne contenenti le proroghe col diritto eurounitario, il Collegio individua nella disapplicazione legislativa il rimedio a tale contrasto quale obbligo sussistente sia in capo ai giudici che alle Amministrazioni¹¹⁴. La soluzione è parsa non banale

¹¹² F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2021, p. 359 ss.

¹¹³ GIANNELLI – G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria* cit., p. 731. Si veda anche la posizione del TAR Lecce che interpreta la pronuncia emessa dalla CGUE dallo stesso adita in via pregiudiziale, nel senso che la Corte «avrebbe, per la prima volta, individuato la valutazione della scarsità delle risorse naturali disponibili come “preliminare accertamento”, al cui esito risulta subordinata espressamente l'applicabilità stessa dell'articolo 12 della Bolkestein; accertamento che, a seguire il ragionamento del T.A.R., spetterebbe esclusivamente allo “Stato-amministrazione” e comunque agli organi di governo degli Stati membri, restando pertanto esclusa la legittimità di una valutazione o declaratoria *tout court* della scarsità della risorsa ad opera del giudice nazionale in via generale ed astratta (in assenza, cioè, di criteri trasparenti ed uniformi e di attività istruttoria)», come riportato nell'approfondimento di G. DELLE CAVE, *La vexata quaestio delle concessioni balneari* cit., p. 588.

¹¹⁴ Come già statuito con la sentenza n. 7874/2019, rispetto alla quale si è espresso in controtendenza il TAR Lecce (le cui pronunce hanno condotto alle sentenze gemelle del Consiglio di Stato del 2021). Oltre alle sentenze nn. 1321 e 1322 del 2020, vd. anche nn. 72, 73, 74, 75 del

trattandosi di «figura giuridica non istituzionalizzata» da cui traspare, secondo alcuni, l'attuale porosità del principio di legalità laddove «proprio quei soggetti istituzionali tradizionalmente subordinati alla legge – come i giudici o, eventualmente, anche i funzionari della pubblica amministrazione – possono in talune circostanze non dare applicazione ai precetti stabiliti dalle assemblee legislative»¹¹⁵. D'altra parte è stato, però, evidenziato come «l'esclusione dell'obbligo disapplicativo per l'amministrazione conduca ad una contraddizione logica, in quanto consentirebbe l'adozione di un provvedimento sulla base di una norma anti-comunitaria, dunque, suscettibile di essere impugnato e annullato dall'organo giudiziario»¹¹⁶.

Col secondo principio di diritto, i giudici affermano che dagli eventuali atti di proroga rilasciati dalla p.a., anche in seguito ad un giudicato favorevole, non discende un diritto alla prosecuzione del rapporto concessorio né vengono in rilievo i poteri di autotutela decisoria poiché gli effetti sono prodotti automaticamente dalla legge, «senza l'intermediazione di alcun potere

15 gennaio 2021 e n. 268 del 15 febbraio 2021. Infine, con ordinanza n. 743 dell'11 maggio 2022 ha disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, non condividendo le argomentazioni del Consiglio di Stato contenute nelle sentenze gemelle. Per approfondimenti si rimanda a M. TIMO, *Le proroghe ex lege delle concessioni "balneari" alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso* (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743), in www.giustiziainsieme.it, 12 ottobre 2022.

¹¹⁵ D. VITALE, *La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità. Dilemmi antichi e nuove prospettive*, in www.federalismi.it, 1 novembre 2023, che ne ha contestualmente rilevato l'impraticabilità sia sotto il profilo sostanziale, in quanto superata dall'intervento conforme del legislatore di cui alla l. n. 118/2022, che formale-istituzionale nel senso che è da escludersi che «sia legittimamente individuabile come norma giuridica appartenente al sistema costituzionale delle fonti del diritto» nella misura in cui «il Consiglio di Stato sembra aver chiaramente esorbitato dall'ordinario esercizio della funzione di attuazione del diritto al caso concreto, avendo al contrario assunto la titolarità di una funzione materialmente normativa nella creazione di un precetto innovativo non trovando copertura nel diritto nazionale o europeo».

¹¹⁶ A. M. LISCIO, *Il ruolo dell'esecutivo nell'incerto futuro delle concessioni demaniali marittime*, in www.federalismi.it, 22 marzo 2023 che specifica: «il giudice potrebbe respingere il ricorso e ritenere legittimo il provvedimento, oppure potrebbe annullare l'atto amministrativo, in quanto titolare del potere di non applicare la norma contrastante con il diritto europeo. La fallacia di una simile impostazione è evidente: nel primo caso si configurerebbe un'evidente violazione del principio del primato del diritto comunitario, mentre, nella seconda ipotesi la pubblica amministrazione apparirebbe quasi obbligata ad adottare provvedimenti illegittimi, in ossequio ad un'esigenza di certezza del diritto correlata alla preoccupazione di un'erronea qualificazione della natura della Bolkestein come self-executing. Significherebbe, pertanto, che la primazia delle norme comunitarie sarebbe riconosciuta solo in un eventuale contenzioso giudiziario, con la conseguenza che, qualora non fosse proposto ricorso, si consoliderebbe ingiustificatamente la violazione della direttiva. Ciò è particolarmente preoccupante nelle controversie in materia balneare, poiché rispetto alle proroghe concesse dall'amministrazione, non di rado, mancano controinteressati che impugnano i provvedimenti».

amministrativo», dovendosi riconoscere all'atto amministrativo natura meramente ricognitiva degli stessi. Dal combinato disposto di questa statuizione con la regola della disapplicazione di cui al primo principio di diritto, i giudici dispongono che gli effetti prodotti per mano della legge-provvedimento anticomunitaria sulle concessioni già rilasciate debbano ritenersi *tamquam non esset*.

Ma è col terzo principio di diritto che la Plenaria si è attirata le critiche più severe e condivise. La decisione di differire gli effetti della sentenza ad un momento di non poco successivo alla sua emanazione (31 dicembre 2023), in deroga al principio della retroattività, peraltro autonomamente individuato secondo una propria valutazione, è problematica sotto il profilo costituzionale ma anche eurounitario. A quest'ultimo proposito si è rilevato che la soluzione del Collegio «è opinabile, giacché si colloca a metà strada tra il principio sulla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza pregiudiziale, che consente però in via esclusiva alla Corte di giustizia di provvedere in tal senso, e il principio che riconosce al giudice nazionale di sospendere del tutto eccezionalmente l'applicazione di una norma dell'Unione, ma soltanto in presenza di rigorose condizioni che non sussistono nel caso di specie»¹¹⁷.

Da un punto di vista sostanziale si è, poi, messa in evidenza una certa contraddittorietà di quella che è un'ennesima proroga, solo giudiziaria e non più legislativa, laddove non solo contiene le stesse argomentazioni, peraltro ben esplicitate, che hanno accompagnato quelle legislative, pure già oggetto di disapplicazione, ma produce l'effetto quasi paradossale di sospendere l'efficacia della Direttiva Servizi e dei principi enunciati dalla CGUE e, al contempo, di interrompere un processo virtuoso nei fatti già intrapreso¹¹⁸.

Il sospetto di un eccesso di potere giudiziario sconfinante in una azione para-normativa è rafforzato dalla definizione dei tempi, dell'oggetto, dei principi e di veri e propri criteri direttivi cui è chiamato ad attenersi il legislatore, quasi al

¹¹⁷ F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2021, p. 359 ss.

¹¹⁸ R. MASTROIANNI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in www.eurojus.it, n. 1/2022, p. 105 ss.

pari di una delega¹¹⁹. Improprio è, altresì, apparso il monito con cui afferma che ogni legge successiva volta ad introdurre una nuova proroga o comunque diretta ad eludere gli obblighi comunitari dovrebbe ritenersi senza effetto. Un espediente di cui si avvale tradizionalmente il Giudice delle leggi e non quello degli atti.

Tutte le criticità menzionate da un lato hanno trovato riscontro concreto nel fatto che le sentenze gemelle sono finite in Cassazione¹²⁰, dall'altro hanno avuto ulteriore e aggravata propagazione nella pronuncia della sesta sezione del Consiglio di Stato cui erano dirette le statuizioni della Plenaria¹²¹. In questa occasione il più alto giudice amministrativo ha affermato che i principi enunciati dalla Plenaria assumono la funzione di una vera e propria normativa transitoria, la cui derivazione sopranazionale non lascia spazio al legislatore che per una mera attività esecutiva e ha prescritto la disapplicazione di qualsivoglia normativa che imponga una proroga con termini diversi da quelli stabiliti dalla Plenaria. È parso di nuovo che in tal modo il Collegio abbia «fatto proprie funzioni extragiudiziarie» col conseguente sbilanciamento del rapporto tra giustizia e politica, tra nomofilachia ed esercizio ordinario della giurisdizione, tra compiti della giurisdizione e compiti dell'amministrazione, tra sfera dell'interpretazione e sfera della produzione normativa¹²².

¹¹⁹ M. P. CHITI, *Juger l'administration c'est aussi légiférer? L'Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in *Riv. It., dir. pubbl. comunit.*, n. 5-6/2021, p. 869 ss.

¹²⁰ Che si è pronunciata con sentenza, ss. uu., 23 novembre 2023, n. 32559, in cui, in riferimento alla estromissione degli enti ricorrenti dal giudizio davanti alla Plenaria, si è riconosciuto il «diniego o rifiuto della tutela giurisdizionale sulla base di valutazioni che, negando in astratto la legittimazione degli enti ricorrenti a intervenire nel processo, conducono a negare anche la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi) da essi rappresentati, relegandoli in sostanza al rango di interessi di fatto. La sentenza impugnata, di conseguenza, è affetta dal vizio di eccesso di potere denunciato sotto il profilo dell'arretramento della giurisdizione rispetto ad una materia devoluta alla cognizione giurisdizionale del giudice amministrativo».

¹²¹ Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2192/2023.

¹²² M. MAGRI, *La giustizia politico-amministrativa e le sue contraddizioni (in merito all'ultima sentenza del Consiglio di Stato sulla proroga delle concessioni demaniali marittime)*, in www.giustiziainsieme.it, 2023 che oltre alle perplessità già richiamate in dottrina e di cui si è dato conto, pone l'accento sul fatto che «la proroga giudiziaria delle concessioni demaniali marittime è basata non solo su un ennesimo indebito slancio para-normativo della plenaria, ma anche sul discutibile presupposto che non esista in Italia una legge nazionale immediatamente applicabile» da individuarsi, invece, nell'art. 16, d. lgs. n. 59/2010. Con specifico riferimento alla sentenza della VI Sezione rileva elementi di frizione, oltre che con il decreto Milleproroghe, «anche con il Codice del processo amministrativo e paradossalmente, con alcuni principi affermati dalla stessa Plenaria» e, con un approccio empirico, ammonisce sul fatto che «la disapplicazione di una legge di proroga annuale rischia di sfuggire nel concreto dell'esperienza giuridica, alle maglie del

Il quadro sin qui delineato vede da un lato una posizione delle istituzioni europee che taluni hanno definito iper-concorrenziale e dunque non pienamente sostenibile alla luce di un altro interesse rilevante, quello all'economia sociale di mercato, la cui contrapposizione richiede un bilanciamento che, come chiaramente emerso, non può essere affidato allo sforzo della giurisprudenza, dall'altro la riappropriazione delle proprie funzioni da parte del legislatore non può non essere nel senso della conformità all'ordinamento sovranazionale e non è più rimandabile¹²³. Le difficoltà incontrate dal legislatore dimostrano che è necessario procedere ad un adeguamento della disciplina non brusco ma graduale, laddove però tale gradualità sarebbe opportuno declinarla non in termini temporali ma in termini di *customizzazione* con riferimento alle particolarità del contesto italiano, in modo da apprestare soluzioni innovative in cui possano trovare spazio un'interazione normativa tra Regioni e Stato, ma anche modelli di gestione pubblica di parte degli enti costieri e non ultimo la garanzia degli altri interessi coinvolti e troppo spesso lasciati in ombra come quelli ambientali/paesaggistici e di governo del territorio.

3.3. Quale affidamento?

Questa vicenda è importante ai fini di questo lavoro perché pare racchiudere in sé tutti o quasi gli aspetti che si è toccato in precedenza, ponendosi come la chiusura di un cerchio.

La conferma di ciò arriva dall'analisi della questione qui di precipuo interesse e cioè la tutela dell'affidamento, venuto in rilievo anche in occasione di questa vicenda, peraltro con specifiche particolarità. Infatti, in riferimento alle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo, così come si è posta

processo amministrativo di legittimità. Né si può dare per certo che alla data del 1/1/2024 il Milleproroghe sia ancora in vigore».

¹²³ Così B. CARAVITA – G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. una prospettiva di riforma*, in www.federalismi.it, 11 agosto 2021.

nel contesto italiano, l'affidamento può venire in rilievo innanzitutto nei confronti dell'operato del legislatore.

Sul punto la Corte di giustizia ha censurato l'argomentazione del governo italiano circa la necessità della proroga automatica delle autorizzazioni proprio a fini di tutela del legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, in quanto consente di ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, poiché, pur volendone ammettere la configurazione quale motivo imperativo d'interesse generale ai sensi del paragrafo 3, art. 12 della Direttiva, la sua considerazione è riferita al momento della definizione delle regole della procedura di selezione dei potenziali candidati da cui, quindi, non si può prescindere. Afferma, così, la Corte che la Direttiva non può essere letta nel senso di «giustificare una proroga automatica di autorizzazioni allorché, al momento della concessione iniziale delle autorizzazioni suddette, non è stata organizzata alcuna procedura di selezione»¹²⁴. Non solo, facendo anche applicazione della sua giurisprudenza proprio in tema di tutela dell'affidamento, i giudici di Lussemburgo precisano, altresì, che «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 rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti», ciò che non può invocarsi in questo caso dato che la proroga legislativa è automatica e generalizzata¹²⁵.

Si veda come, se letta *a contrario*, questa statuizione apre una fessura in cui non ha tardato ad inserirsi il Consiglio di Stato che, per l'appunto, in una prima occasione ha adottato una lettura eurounitaria del legittimo affidamento con cui lo stesso viene messo in relazione con il termine di recepimento della Direttiva, sul presupposto che l'aspettativa del concessionario uscente è legittima se sorta in un momento in cui ancora le concessioni demaniali marittime non si ritenevano sottoposte agli obblighi pro-concorrenziali. Tale impostazione, sulla base della quale sarebbe legittima solo la prima proroga con scadenza al 31/12/2012, se per un verso fornisce una regola generale per analoghi successivi

¹²⁴ Paragrafi 52-55 sentenza CGUE, *Promoimpresa-Melis*, cause riunite C-458/14 e C-67/15, 14 luglio 2016.

¹²⁵ Paragrafo 56 sentenza CGUE, *Promoimpresa-Melis* cit.

giudizi, per l'altro ha suscitato perplessità laddove, nel fissare *ex post* un termine oltre il quale qualsivoglia proroga risulterebbe illegittima, non tiene in considerazione né le circostanze che hanno portato all'archiviazione della prima procedura d'infrazione identificabile proprio con una disciplina transitoria di proroga negoziata che non contemplava il termine di recepimento della direttiva, né l'apertura della CGUE ad una valutazione caso per caso¹²⁶. Ma soprattutto, tale ragionamento, nel declassare l'affidamento alla prosecuzione del rapporto a mero interesse di fatto, conduce potenzialmente all'ipotesi di conclusione del giudizio con una mera pronuncia in rito dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione a ricorrere, comportando l'impossibilità «per i concessionari che hanno beneficiato della proroga del termine di scadenza della propria concessione di far valere in giudizio i propri interessi, saldamente ancorati al legittimo affidamento di poter usufruire della proroga normativa per completare l'ammortamento degli investimenti effettuati»¹²⁷.

I giudici di Palazzo Spada paiono correggere un po' il tiro nelle sentenze gemelle del 2021, pur attenendosi, senza strane reinterpretazioni, alla posizione espressa dalle istituzioni europee.

Essi, nel ribadire l'illegittimità delle proroghe legislative e la conseguente disapplicazione, si rifanno non solo a quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa*, ma fanno propria quella concezione eurounitaria del legittimo affidamento di cui si è dato conto nella parte iniziale di questo lavoro e da ultimo ripresa anche dalla Commissione europea nella lettera di messa in mora del 2020, espressamente richiamata. Si ricorderà, dunque che «secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione. In secondo luogo, tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel

¹²⁶ In questo senso S. AUGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunit.*, n. 5/2020, p. 625 ss.

¹²⁷ *Ibidem*.

soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte assicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili»¹²⁸.

Senonché, pur riscontrata l'insussistenza di un affidamento sulla prosecuzione del rapporto concessorio sulla base di tale teorica, la Plenaria, avvalendosi di nuovo di quello spazio lasciato aperto dai colleghi lussemburghesi che suggerivano un approccio *case by case*, si fa portavoce della necessità che l'indizione di procedure competitive siano accompagnate dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, «essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi»¹²⁹.

Chi ha accolto con favore questa conclusione ha colto negli indennizzi il potenziale di «chiave di volta della questione, essendo l'unico strumento che garantisce tanto l'effettiva tutela dei concessionari uscenti quanto la competitività del mercato»¹³⁰. A quest'ultimo proposito si è evidenziato come la mancata previsione di un indennizzo, oltre a pregiudicare il concessionario uscente, rischia di avere un effetto demotivante verso i possibili nuovi concessionari chiamati a investimenti che non sarebbero remunerati, rendendo di fatto meno appetibile e dunque meno competitivo l'intero settore.

Rispetto a tale ultima considerazione, è parsa problematica la scelta del legislatore che, nel recepire le indicazioni del Consiglio di Stato, ha autonomamente previsto che l'indennizzo fosse posto a carico del concessionario subentrante. In tal senso non si è sottaciuto il dubbio circa un possibile effetto disincentivante per i *new comers* in considerazione del fatto che «l'onere di indennizzare il concessionario uscente influisce sulle prospettive di acquisizione della concessione e rappresenta una componente potenzialmente rilevante del costo complessivo della transizione», ciò che, oltre a costituire un vantaggio

¹²⁸ Punto 37 del considerato in diritto sentenza Consiglio di Stato, Ad. Pl., 9 novembre 2021, n. 17.

¹²⁹ Punto 49 del considerato in diritto.

¹³⁰ A. M. LISIO, *Il ruolo dell'esecutivo nell'incerto futuro delle concessioni demaniali marittime*, in www.federalismi.it, 22 marzo 2023.

indebito per i prestatori uscente, potrebbe condurre ad una restrizione nell'accesso al mercato, vanificando l'intento della Direttiva¹³¹.

Se, per un verso, la previsione di un indennizzo potrebbe trovare conforto in una serie di riferimenti normativi¹³², per l'altro essa presuppone che la questione circa la sussistenza dell'affidamento sia risolta in senso positivo. Ciò che non pare così scontato. A tal proposito anche il quadro di profonda incertezza normativa ha dato adito a posizioni opposte, assurgendo talvolta a fattore impeditivo della configurabilità di un affidamento tutelabile sulla sua stabilità, talaltra, le particolarità della vicenda italiana, caratterizzata, come si è visto, dalla "testardaggine" e insistenza del legislatore nazionale, hanno fatto pensare che «in un certo senso l'affidamento dei concessionari sarebbe ingenerato dalla paradossale circostanza (in Italia affatto rara) per cui non c'è nulla di più stabile del provvisorio: proprio la permanente situazione di incertezza avrebbe generato la certezza del perdurare dello status quo»¹³³.

Per la verità si ritiene che la questione dirimente vada cercata altrove, ossia nel concetto di proroga, che, come si sa, ha preso il posto del "rinnovo". Indipendentemente dalla legittimità/illegittimità delle proroghe disposte dal legislatore e dalla cessazione anticipata (rispetto alle suddette) disposta dai giudici, pare che sia il significato stesso di proroga, che rimanda ad un'idea di provvisorietà, temporaneità, precarietà, eccezionalità in attesa di qualcosa di definitivo verso cui la proroga è supplente, a costituire ostacolo alla configurabilità di un nuovo affidamento. In questo senso le proroghe legislative

¹³¹ F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. amm.*, n. 4/2022, p. 1037 ss. che compie l'ulteriore sforzo di suggerire una soluzione affermando che «il problema di ammortizzare gli investimenti fatti dai gestori potrebbe essere superato aggiungendo il computo dei costi non ammortizzati a carico dei nuovi concessionari in sede di aggiudicazione della gara, con un meccanismo di rimborso diretto nei confronti del concessionario uscente. Questo criterio è già stato applicato per l'affidamento di alcune tipologie di servizi pubblici (come avvenuto, ad esempio, nel settore del gas naturale (73) dove il problema si è posto rispetto agli *assets* acquistati dai gestori uscenti (74). Un adeguato studio di fattibilità potrebbe permettere di applicarlo anche alle concessioni di spiaggia, seppure valorizzando, ove necessario, le peculiarità del settore».

¹³² Questi sono dettagliatamente individuati da A. POLICE – A. M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in www.amministrativamente.com, n. 2/2022.

¹³³ A cui sarebbe da aggiungersi il fatto che «l'affidamento dei concessionari si sarebbe consolidato grazie alle proroghe amministrative e, talvolta, ad appositi giudicati e/o al decorso del tempo per l'esercizio del potere di autoannullamento» (*Ibidem*).

occorse in questi anni rilevano in termini di affidamento pregresso, *id est* quello creatosi sulla base dei rinnovi automatici di cui alla disciplina previgente, rispetto al quale si pongono come “conseguenza” in chiave garantistica essendo assimilabile a strumento di diritto transitorio e, dunque, solo in tal senso e solo se non abusato apprezzabile, non potendo invece fungere da base per un nuovo e diverso affidamento.

Se così stanno le cose, è da ricalibrare anche la questione dell’indennizzo nel senso di poterlo ritenere ragionevolmente dovuto non in funzione della tutela dell’affidamento come fin qui si è inteso, ma solamente sul versante della contropartita economica rispetto all’acquisizione al patrimonio demaniale delle opere inamovibili realizzate sul demanio, attualmente disposta in modo gratuito (salvo diversa prospettazione dell’atto concessorio) dall’art. 49 del Codice della Navigazione¹³⁴.

In ogni caso è solo in riferimento a questo profilo, della remunerazione economica degli investimenti, che è possibile individuare una posizione differenziata del concessionario uscente rispetto alla quale è ora possibile, in una prospettiva storica, verificare il ruolo svolto dall’Amministrazione nella intricata faccenda di cui si sta trattando. È prezioso, in questo senso, il contributo di chi ha voluto ricordare che le opere realizzate dai concessionari uscenti sono «perlopiù il frutto in prima istanza dell’esecuzione dei progetti di riqualificazione, che avevano presentato per vincere la gara, e poi di una serie di interventi che, sebbene imposti in origine dal rapporto concessorio sono stati tutti regolarmente autorizzati», mettendo così in luce come l’Amministrazione abbia favorito la realizzazione di manufatti permanenti ben lontani da un’occupazione temporanea

¹³⁴ Degna di nota a questo proposito l’analisi che, partendo dalle criticità dell’indennizzo, arriva a smascherare un equivoco, se così si può definire, che a questo punto potrebbe forse essere ritenuto il vizio di fondo della questione. Lo spostamento della centralità dalla complessità dei beni demaniali al profilo esclusivamente economico della redditività degli stessi, di cui è sintomo la qualificazione come autorizzazione effettuata dalla CGUE, avrebbe contribuito a sminuire il valore e la complessità del patrimonio costiero in nome di un interesse economico superiore (A. CUTOLO, *Concessioni demaniali: indennizzo o punteggio maggiorato al concessionario uscente? Le scelte del legislatore ad un anno dalle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 6/2022, p. 527 ss.).

del suolo demaniale¹³⁵. Visto che siamo a percorrere la via dei ricordi, pare però opportuno rimembrare anche che all'origine di tutta questa vicenda sta il fatto che dalla originaria lettera della legge traspariva un'occupazione caratterizzata da una temporalità potenzialmente infinita piuttosto che "temporanea".

Pare, allora, che anche in questo caso il riferimento alla nozione di affidamento risulti inappropriato, quasi a dimostrazione di una tendenza a sfruttare "l'onda del successo" di un concetto ritrovato, o meglio, rifondato per far fronte ad una molteplicità di situazioni diverse col rischio, ancora una volta, di perdere di vista la sua vera essenza e, dunque, minarne la sua vera "forza" giuridica.

Al di là di tutto ciò, preme qui sottolineare l'importanza, che assume nell'economia di questo studio, di quanto statuito in occasione della risposta al quesito circa la doverosità dell'atto di autotutela da parte di quelle amministrazioni che avessero adottato un provvedimento espresso di proroga. Se da un lato, come già visto, i giudici affermano che non vengono in rilievo i poteri di autotutela in ragione della produzione degli effetti di proroga direttamente scaturenti dalla legge, dall'altro attribuiscono all'atto ricognitivo un significato giuridico affatto secondario. Al netto delle criticità derivanti dall'inoperatività dei poteri di autotutela in punto di cura dell'interesse pubblico¹³⁶, il supremo

¹³⁵ A. CUTOLO, *Concessioni demaniali: indennizzo o punteggio maggiorato al concessionario uscente? Le scelte del legislatore ad un anno dalle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, n. 6/2022, p. 527 ss. che infatti vede con favore «la scelta del legislatore di provare ad incentivare ancora una volta l'utilizzo di strutture amovibili» sebbene bisogna tenere presente che «si tratta di una scelta possibile solo perché le strutture amovibili si affiancheranno ai numerosi manufatti in cemento che all'attivo insistono sul suolo demaniale e che garantiranno lo svolgimento di tutte quelle attività per cui risultano essenziali».

¹³⁶ Taluna dottrina ha evidenziato come, posto che «la violazione del diritto eurounitario implica solo un vizio di illegittimità non diverso da quello che discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, sussistendo di conseguenza l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'inoppugnabilità del provvedimento medesimo», «se il provvedimento di rinnovo della concessione è illegittimo poiché adottato in attuazione di normative interne contrastanti con il diritto comunitario (quindi da disapplicare), la tutela dell'interesse pubblico soggiace irrimediabilmente ai limiti e alle condizioni riconnesse all'articolazione degli strumenti impugnatori. Una simile impostazione, svislisce di fatto la pregnanza dell'interesse pubblico alla corretta gestione della cosa pubblica, necessitando di un riconoscimento "nelle aule di tribunale". Difatti, ad onta di ciò, si potrebbe in ogni caso continuare ad applicare la normativa interna, sebbene contrastante con il diritto comunitario, mediante l'adozione di provvedimenti ad essa conformi, che quindi procrastinerebbero i propri effetti finché un qualche soggetto decidesse di attivare i meccanismi di tutela previsti dal nostro ordinamento» (R. ROLLI – D. GRANATA,

consesso amministrativo ritiene, infatti, che tale atto svolga una particolare funzione comunque riconducibile alla posizione dell'Amministrazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale. Nello specifico, esso «è funzionale a rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso al fine di rendere sollecito e affidabile il traffico economico e giuridico, che deriva appunto dal ruolo svolto dall'Amministrazione nell'ambito di una società fluida come quella contemporanea, nella quale anche molti rapporti tipicamente amministrativi sono regolati in assenza di un provvedimento espresso»¹³⁷.

Alla luce di quanto sin qui visto, pare potersi affermare con convinzione che l'affidamento pubblicistico ha tutto a che fare con le sistemiche esigenze di certezza del diritto che sono riposte nella posizione e nel ruolo istituzionale svolto dal soggetto pubblico. L'affidamento pubblicistico è in questo senso una questione di sicurezza giuridica, di tenuta del sistema più che di buona fede. È, dunque, auspicabile che gli studi futuri sul tema siano ancorati alla riscoperta prospettiva pubblicistica, vera dimensione di appartenenza.

Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesis del legittimo affidamento, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2021, p. 1624 ss).

¹³⁷ Punto 43 del considerato in diritto, in cui si prosegue affermando di conseguenza che «Detto ruolo consente alle soggettività pubbliche di creare certezze giuridicamente rilevanti per i terzi, laddove invece ai privati è inibita questa facoltà rispetto a soggetti estranei al rapporto negoziale. Sicché le medesime ragioni di certezza depongono nel senso che l'Amministrazione provveda, comunque, a rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto».

CONCLUSIONI

Il presente lavoro si è aperto con una premessa di carattere generale ritenuta necessaria prima di approfondire il tema. Si è così avvertito circa quell'aura di impalpabilità, nebulosità e inafferrabilità in cui si muove l'affidamento ma a cui nondimeno si accompagna quella forte e indiscussa esigenza di tutela che si dimostra l'unica costante della sua storia evolutiva.

Lo studio non poteva non prendere avvio da uno sguardo a quell'ambito del diritto in cui il tema in esame è affiorato e si è prontamente consolidato.

Si è visto come in campo privatistico la questione sia ben delineata e abbia trovato quasi fin da subito pacifica sistemazione. La tutela dell'affidamento nei rapporti fra privati è conseguenza diretta dell'operatività della clausola generale di buona fede che, nel riconoscere rilievo giuridico ai valori di coerenza e non contraddizione, impone la protezione di colui che abbia fatto affidamento su un'apparenza del diritto o una dichiarazione o comportamento altrui poi contraddetto. Gli studi sul contratto hanno condotto all'individuazione di quell'area antecedente alla conclusione del negozio in cui sussistono doveri di correttezza precontrattuale che se violati danno luogo alla responsabilità precontrattuale per *culpa in contrahendo*, come si evince dagli artt. 1337 e 1338 c.c. L'affidamento riceve tutela attraverso il riconoscimento della risarcibilità del danno prodotto dalla lesione alla libertà negoziale realizzatasi attraverso trattative inutili o svantaggiose ma a condizione che sia senza colpa. L'elemento soggettivo assume fondamentale importanza attraverso l'esaltazione del principio di autoresponsabilità, quale fattore riequilibrante dei rapporti paritari.

L'ordinamento, dunque, fornisce protezione alla fiducia riposta dal cittadino in buona fede in un altro soggetto della stessa natura garantendogli una tutela riparatoria.

La configurazione dell'affidamento in ambito pubblicistico è, invece, apparsa meno lineare e più tortuosa. A questo proposito lo studio della dinamica col potere legislativo prima e quello sulle differenze tra i due istituti tradizionalmente ricondotti alla c.d. autotutela poi, ha condotto ad una precisa

distinzione in base alla quale è stato possibile verificare che la non contraddittorietà, il *non venire contra factum proprium* è un valore che nell'ambito dei rapporti con i pubblici poteri pesa in modo diverso assumendo un significato in termini relativi piuttosto che assoluti. In tal senso, l'interesse alla stabilità, che può considerarsi l'omologo in ambito pubblicistico del diritto ad un comportamento coerente e non contraddittorio, si trova logicamente a dover fare i conti con i normali mutamenti imposti dal perseguimento dell'interesse pubblico. Motivo per cui da una parte, nei confronti del potere legislativo la tutela dell'affidamento pare non possa che concretizzarsi in un giudizio di ragionevolezza e proporzionalità dell'intervento normativo successivo avente effetti retroattivi, non potendosi ritenere in altro modo delimitabile la discrezionalità politica del legislatore, in disparte l'auspicio ad un efficace utilizzo degli strumenti di c.d. diritto transitorio.

Dall'altra, allo stesso modo, il mutamento dell'assetto degli interessi che si impone in capo all'Amministrazione in ragione della sua funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico attuale può ragionevolmente e legittimamente determinare, a condizione di una adeguata motivazione in tal senso, la recessività di quello individuale alla stabilità, ma non senza la garanzia di una compensazione economica quale l'indennizzo, necessaria ai fini della tenuta del sistema.

Da qui l'esigenza di mettere meglio a fuoco l'oggetto dell'affidamento nel diritto amministrativo e di conseguenza interrogarsi sull'adeguatezza delle relative forme di tutela.

Si è dato atto dell'ineffettività e inefficacia in termini di tutela della teorizzazione tradizionale del legittimo affidamento di cui si è fatta portavoce la più autorevole dottrina che ha contribuito ad innescare un vivace slancio costruttivo della giurisprudenza, da ultimo tradottosi nella individuazione di nuovi strumenti di tutela.

All'interno di questo apprezzabile moto evolutivo pare, tuttavia, che si sia trascurato l'aspetto che in realtà risulta un elemento fondativo della nuova stagione di tutela dell'affidamento e cioè il fatto che essa poggia sulla consapevolezza che l'esigenza di un suo rafforzamento deriva proprio dal

confronto con quella apprestata in ambito privatistico nel senso che quantomeno non può risultare ad essa inferiore.

E ciò in ragione della posizione istituzionale del soggetto pubblico, ontologicamente preposto a garantire la sicurezza dei rapporti giuridici e sociali, di cui l'affidamento, quale declinazione in senso soggettivo del principio di certezza del diritto, costituisce una delle principali espressioni assumendo un pesante significato sistemico riconosciuto anche dalla Corte costituzionale che lo ha collocato fra gli elementi fondamentali dello Stato di diritto.

Se lo studio della revoca ha permesso di riscontrare un quadro in cui gli interessi contrapposti trovano un assetto tutto sommato equilibrato, lo stesso non può dirsi nei casi di esercizio del potere di annullamento d'ufficio in cui la posizione del destinatario del provvedimento favorevole annullato fatica ancora a trovare adeguata protezione. Attraverso l'analisi svolta è stato possibile scorgere la causa principale di questa ineffettività nella sproporzionata considerazione dell'elemento soggettivo del cittadino, che in questo modo produce un infausto sbilanciamento. Si rimembrerà come, forse, sotto questo punto di vista, le elaborazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea non hanno in questo senso aiutato! D'altra parte a tal proposito vanno tenute a mente anche le peculiarità dell'ordinamento in cui si muovono i giudici del Lussemburgo, atte a far venire meno le basi di un confronto equo attraverso cui valutare un approccio simile.

Come già anticipato la ragione di questo malaugurato esito è da individuarsi proprio in quella mancata messa a fuoco del vero oggetto dell'affidamento di cui si diceva poc'anzi.

Si è dunque proceduto ad un approfondimento dell'annullamento d'ufficio che, secondo la ricostruzione proposta, ha consentito infatti di smascherare la vera anima dell'affidamento "amministrativistico" identificabile con la (presunzione di) legittimità degli atti amministrativi, prima ancora che con la stabilità e/o conservazione della posizione favorevole.

Tuttavia, l'indagine svolta, una volta dato atto dell'insufficienza e in effettività del modello tradizionale di tutela basato sul bilanciamento, ha mostrato che la via scelta e pur effettivamente intrapresa per giungere al riconoscimento del

risarcimento del danno da lesione dell'affidamento tradito dalla pubblica amministrazione non gode di basi così solide e convincenti, col risultato ultimo di un meccanismo di tutela ancora più precario e inefficace. Oltre al risvolto contraddittorio per cui il rinvio alla responsabilità aquiliana «non ha impedito la creazione di regole particolari relative alla pubblica amministrazione né si è tradotta in una maggiore garanzia per il cittadino, l'analisi delle vicende della responsabilità civile dei pubblici poteri consente di affermare che l'applicazione del diritto civile una volta calata nel concreto dei singoli istituti giuridici, non possiede unicità di effetti e di contenuti»¹.

Pare doversi registrare, in sostanza, la persistente mancanza di «un'elaborazione dogmatica, in condizione di costruire in modo adeguato il fatto illecito dell'ente pubblico» che pare essere dovuta al fatto che «nel perseguire finalità di giustizia astrattamente condivisibili, gli approdi giurisprudenziali creino un'area di collisione in cui convivono elementi di carattere eterogeneo, mediante la sovrapposizione dei profili pubblicistici con quelli privatistici, senza un ordine preciso»².

Di fronte a questa commistione, prima di tutto di principi del diritto privato, in particolare del diritto delle obbligazioni, e principi del diritto amministrativo e che, peraltro, pare essere spesso operata «ambiguamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza ora per fondare la responsabilità di tali poteri, ora per restringerla, ora infine per escluderla», si ritiene che l'unica via alternativa percorribile sia quella della riaffermazione della «specialità del diritto amministrativo sostanziale ruotante intorno alla centralità dell'atto amministrativo

¹ G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, p. 86 secondo cui «Le incertezze e le soluzioni non conclusive cui è pervenuta la giurisprudenza del giudice ordinario sono un sintomo non tanto dell'insufficienza in sé della formula aquiliana, quanto del modello che da tale formula generale si è ricavato e dato per presupposto» e nel richiamare il pensiero di Cammeo ricorda come in quella prospettiva « il diritto comune, nell'ambito del quale, la pubblica amministrazione è concepita come parte e non come autorità, non riesce a spiegare il nocciolo duro del potere (...) Pertanto, se da un lato il richiamo e l'applicazione della colpa aquiliana anche alla responsabilità della pubblica amministrazione deriva dalla considerazione dell'istituto della responsabilità come un istituto generale del diritto», dall'altro lato, viceversa, a questa affermazione non consegue l'automatica trasposizione delle regole dell'illecito aquiliano, ma una rimeditazione delle stesse che tiene conto della specificità del sindacato sull'azione amministrativa».

² M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della p.a.*, Torino, 2022, p. 108.

come garanzia di certezza e affidamento, e dall'altra adottare rimedi processuali che diano una tutela piena ed effettiva come avviene in campo privato»³.

Sotto il primo profilo, la linea tracciata induce a spogliarsi di quelle suggestioni civilistiche improntate alla correttezza che hanno fatto deragliare il rapporto amministrativo dai suoi naturali binari pubblicistici in cui si identifica col rapporto procedimentale. Pare che altrimenti venga disconosciuta la portata quasi rivoluzionaria, in termini garantistici, della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa operata con la fondamentale legge n. 241/1990 come essa avesse esaurito le sue potenzialità e l'unico modo per sopperire ai suoi limiti sia volgere lo sguardo al campo dei rapporti tra privati. Ebbene, l'esigenza di non vanificare ma, anzi implementare ancora di più, i progressi ottenuti grazie a quel *corpus* normativo, spinge a riscoprire e riaffermare la legittimazione di quel complesso di regole che, essendo innanzitutto regole sulla produzione dell'atto, danno concreta attuazione all'idea di amministrazione delineata dall'art. 97 Cost. Ciò nella misura in cui il provvedimento amministrativo, costruito come la sintesi dell'esercizio legittimo del potere, frutto di un processo partecipato e trasparente, è idoneo a rappresentare la forma normale dell'esito dell'azione amministrativa dovendo esso stesso essere inteso quale sinonimo di un'amministrazione autorevole su cui il cittadino può fare affidamento, che non lascia più spazio a distorte interpretazioni che gli attribuiscono significato in senso autoritario.

³ G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contratto e impr.*, n. 3/2013, p. 819 ss. che sottolinea: «La particolarità di tali rapporti, all'interno dei quali si ritrovano in un'unica fattispecie, e usati in maniera quasi omogenea, concetti come eccesso di potere e obbligo di buona fede, interesse legittimo e perdita di *chance* (nozioni formatesi in ambienti diversi e per di più elaborate e adoperate da giudici con mentalità differenti e a volte diametralmente opposte), rende particolarmente complessa l'opera dell'interprete imponendogli di conciliare l'uso "nuovo" di tali strumenti (allorché vengono travasati in contesti diversi da quelli tradizionali) con la loro necessaria appartenenza, e dunque con il loro legame, anche ideologico, ad uno specifico settore del diritto. L'incontro tra la logica autoritaria del provvedimento e la logica egualitaria del risarcimento ha creato, infatti, dalla sentenza n. 500/1999 una vera e propria commistione tra principi e rimedi tradizionalmente ascrivibili al diritto civile (obbligo di diligenza, di prudenza, di perizia, risarcimento del danno, adempimento in forma specifica) e principi e rimedi classici del diritto pubblico (presunzione di legittimità dell'agire amministrativo, sindacabilità dell'agire della p.a. esclusivamente attraverso l'azione di annullamento, per di più sottoposta a stretti limiti temporali ed alla sussistenza dei tre vizi tipizzati)».

È così che si ritiene, come emerso nell'elaborato, che l'ambito del diritto amministrativo in cui può sorgere una questione di affidamento è quello perimetrato dagli atti di secondo grado.

Quanto al secondo profilo, alla luce di quanto sin qui riconsiderato, pare che l'adeguatezza della tutela dell'affidamento dipenda dal fatto che la possibilità di vedere attribuita in capo all'Amministrazione una responsabilità sia concreta ed effettiva e non meramente astratta. Cosa che non si riscontra nell'attuale sistema delineato dalla giurisprudenza, in cui il giudizio sembra piuttosto orientato ad individuare primariamente una corresponsabilità del cittadino atta ad eliminarla o quantomeno attenuarla, in cui rilevano elementi circostanziali difficilmente individuabili a priori.

Si ritiene che il ragionamento dovrebbe procedere all'inverso: in ragione e nel limite del ruolo che svolge e della necessità legislativa della sua azione (il privato, se vuole raggiungere quel determinato risultato deve ottenere quel determinato provvedimento da parte dell'Amministrazione), che trova concretizzazione negli atti, la responsabilità dell'Amministrazione, custode della legittimità dei propri atti, è logico che scaturisca automaticamente al verificarsi di un danno da lesione di affidamento.

Se così stanno le cose, alla luce anche delle evidenti forzature su cui si reggono le prospettazioni alternative che pertanto si rivelano deboli e inadeguate, pare che il modello di tutela che meglio si attaglia a questa fattispecie sia quello della responsabilità oggettiva, quale unico modello di responsabilità che davvero può dirsi comune in ragione del fatto che essa è legata alla particolarità dell'attività da cui origina il danno, che in questo caso corrisponde all'esercizio della pubblica funzione. In un tale meccanismo detta responsabilità verrebbe ragionevolmente meno nel caso di *mala fede* del destinatario dell'atto, valevole quale evento fortuito e inevitabile atto ad escluderla. Sembra, dunque, irrimandabile e imprescindibile un ulteriore intervento del legislatore che voglia istituzionalizzare una responsabilità pubblica quale nuova ipotesi di responsabilità oggettiva espressamente prevista dall'ordinamento. Solo così può ritenersi compiuto quel lungo e faticoso percorso di emancipazione di un concetto che in tal modo vedrebbe delineato un proprio ed autonomo statuto pubblicistico. Non è

più sostenibile, insomma, che il concetto di responsabilità e tutela risarcitoria debba per forza passare attraverso quello piuttosto generico di *buona fede* che, come si è cercato di evidenziare, male si attaglia alla logica del rapporto amministrativo che, nonostante le numerose spinte in senso contrario, è necessariamente e rimane un rapporto tra impari, il cui equilibrio è governabile attraverso l'attuazione dei principi che regolano l'attività amministrativa che, peraltro, a differenza delle note clausole generali trovano un inequivocabile riferimento nella Carta costituzionale.

La crescente invasività dei principi generali è, tuttavia, un dato di fatto che ha trovato da ultimo il conforto anche del legislatore con l'introduzione del comma 2bis dell'art. 1, l. n. 241/1990, ai sensi del quale «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede». Vi è, dunque, da interrogarsi sul significato normativo di questa disposizione la cui origine, peraltro, già induce ad un ridimensionamento della sua portata dato che è veicolata da un decreto-legge che appare più come un elenco abbastanza disordinato di misure urgenti sulla semplificazione e innovazione digitale che come un generale *restatement* del sistema amministrativo.

Ed anche dal dato letterale quello che pare emergere è una generica dichiarazione di principio di cui non è agevole verificare la pregnanza nei singoli snodi del rapporto amministrativo, sempre in considerazione del fatto che questo ramo del diritto trova la sua ragion d'essere in quella specialità che dunque ne costituisce la base identitaria e che dovrebbe suggerire di muoversi con cautela quando si parla di principi che richiedono contestualizzazione, limiti, ponderazione sulla causa in concreto.

Orbene a volerla intendere nella prospettiva oggettiva nella quale assume il significato di regola di condotta, la buona fede si scontra col semplice ma fondamentale fatto, a questo punto da ritenersi chiaramente e ingiustificatamente trascurato, che l'amministrazione ha già nella legge sul procedimento amministrativo il faro che regola la propria condotta.

Qualora se ne invochi la applicabilità all'Amministrazione in ragione della sua natura di clausola generale operante quale norma verticale integrativa atta a

colmare una qualche lacuna, essa troverebbe già così applicazione senza bisogno di alcuna positivizzazione. In questo senso il comma 2bis pare non aggiungere niente di nuovo.

Sennonché con questo elaborato si è avuto modo di verificare che le costruzioni effettuate dalla giurisprudenza sulla buona fede non paiono solide né convincenti. L'inoperatività della buona fede nei rapporti in cui vi è esercizio di potere è il riflesso della ontologica diversità della natura dei due soggetti a confronto, portatori di interessi disomogenei nei cui confronti non può farsi applicazione di una regola di reciprocità come quella in esame che ha motivo di essere solo rispetto a un rapporto simmetrico. In tal senso, il vincolo solidaristico che essa porta con sé non solo sul fronte dell'Amministrazione non trova spazio non trovandosi questa ad agire "ad armi pari", ma su quello del privato contiene il rischio di tradursi in una innaturale e sproporzionata propensione collaborativa verso l'interesse pubblico atta a porre in secondo piano il suo proprio interesse, l'unico che ha innescato da parte sua il rapporto con l'amministrazione. Non è facile, dunque, sostenere una generale e astratta operatività della clausola della buona fede nei confronti del privato che intrattenga rapporti con l'Amministrazione, risultando più ragionevole darle rilievo attraverso la delimitazione a specifici comportamenti a seconda della fattispecie, come peraltro già fa l'ordinamento amministrativo in diverse occasioni.

Appare a questo punto evidente come il ricorso alla buona fede non solo sia erroneo e perfino in astratto controproducente per il privato, ma anche pleonastico rispetto all'Amministrazione. Esso nulla aggiunge, infatti, al dovere dell'Amministrazione di tenere in considerazione l'interesse del privato che già discende dai principi di imparzialità e di proporzionalità e dagli istituti posti a garanzia della partecipazione al procedimento.

Non si nascondono quindi le perplessità circa l'idoneità della clausola di buona fede a svolgere quella funzione riequilibrante dei rapporti tra autorità e cittadino, più propriamente intrinseca ai principi che regolano l'azione amministrativa che si dimostrano in questo senso più saldi. Viene così da guardare con diffidenza alla "spensieratezza" con cui il legislatore sceglie di affidarsi alle clausole generali nella misura in cui esso rischia di costituire un suo ritirarsi

potenzialmente in grado di tradursi in un arretramento del principio di legalità, vero fondamentale baluardo a garanzia della libertà del cittadino.

Tutto ciò detto pare, allora, che l'unico margine di applicazione della buona fede ai rapporti con l'Amministrazione sia quello circoscritto alla dimensione concreta in cui avviene realmente il contatto tra le due parti, *id est* tra il singolo funzionario e il cittadino. In questa prospettiva, la frazione dell'endiadi più pregnante pare essere quella della collaborazione che ha in sé il connotato della relazionalità e reciprocità e attraverso cui è possibile dare rilievo in particolare alla diligenza del personale pubblico.

La responsabilità del soggetto pubblico passa allora anche dalla responsabilizzazione della persona che ne è al servizio e dal suo livello di professionalità. Prima ancora, come già emerso nell'elaborato, la garanzia dell'affidamento, insieme al metodo di imputazione della responsabilità di tipo oggettivo, discende e dipende dalla costruzione di un'Amministrazione autorevole. L'autorevolezza non è altro che il risultato di un assetto organizzativo efficace ed efficiente e quindi della diretta applicazione in termini organizzativi ed operativi di quel supremo principio dell'azione amministrativa che è il buon andamento. Intervenire sulla minimizzazione della possibilità che vengano adottati illegittimi che vanno incontro all'annullamento con probabile annessa produzione di un danno, dovrebbe allora costituire obiettivo primario dell'ordinamento astrattamente atto a risolvere "a monte" un problema che, tuttavia, si ripropone con forza e costanza "a valle" imponendo quella profonda riflessione sull'istituto dell'annullamento d'ufficio che a questo punto pare più problematico che utile.

Uno dei grandi problemi che rimane aperto pare essere proprio quello che riguarda l'annullamento d'ufficio. Gli studi sull'affidamento conducono ad interrogarsi oggi sul suo valore, sulla sua utilità, sulla sua funzione. L'attenzione verso il dibattito sulla possibilità di immaginarlo come uno strumento sottratto alla discrezionalità del soggetto da cui promana non può essere disconosciuta. Non foss'altro perché le riflessioni che si sono avvicendate hanno permesso di mettere bene in luce, come si è tentato anche qui di riportare, le aporie che lo connotano e di fronte alle quali non è affatto facile la riconduzione a sistema.

Sembrano, infatti, ugualmente valide le “obiezioni” provenienti da ambo le parti. Volendo riassumere in vista di un tentativo di sintesi della questione, da un lato difficilmente si può negare cittadinanza sia al rilievo di carattere pratico dell’insostenibilità dell’obbligo di riscontro al sollecito del privato sia a quello sistematico in punto di duplicazione dello strumento rimediale. Vero anche, però, che il riconoscimento di una mera facoltà e non di un obbligo di attivarsi in conseguenza di un sollecito potrebbe ritenersi mal conciliabile con quel principio di collaborazione più sopra richiamato. Se la configurazione di un tale obbligo si scontra con la impraticabilità concreta rimane da verificare che valore pratico ha la discrezionalità nell’*an*. C’è da chiedersi, in sostanza, quanto sia verosimile o, anzi, mascherata quella spontaneità. Pare più realistico pensare che l’avvio di un procedimento di annullamento d’ufficio sia conseguenza di un qualche stimolo esterno, piuttosto che casuale ravvedimento di un funzionario che in un momento successivo alla conclusione e presumibilmente archiviazione del procedimento di primo grado “si accorga” dell’illegittimità. E allora si torna al punto di partenza: se quello stimolo è nella realtà delle cose mal si giustifica la sua mancata “istituzionalizzazione”.

Dall’altro non si possono sottacere le preoccupazioni scaturenti da quell’ulteriore “interesse pubblico” in termini di compressione del principio di legalità e insieme le perplessità sistemiche laddove da una parte questo profilo di opportunità comporta rischi di sovrapposizione con lo strumento della revoca, dall’altro friziona col suo omologo di natura giurisdizionale.

Insomma, sembra quasi impossibile venirne a capo. Quando si è di fronte a questioni così complesse e intricate non rimane che da vagliare anche le ipotesi più drastiche: si può immaginare di fare a meno di questo istituto? Sarebbe più quello che si guadagna o che si perde? E in che termini e in che misura? Lungi dal ritenersi in grado di prendere una posizione soddisfacente, si voglia solo ricordare come nel corso del lavoro è emerso come non manchino voci autorevoli di chi, offrendone ancora una lettura in termini di “privilegio”, pare suggerire proprio una soluzione di questo genere.

Oltre a ciò nonostante il grande trambusto pretorio e scientifico che si è scatenato intorno all’affidamento, pare che ugualmente irrisolta rimanga anche la

questione della sua natura. Principio? Situazione soggettiva? Pure il legislatore, in occasione del recente riconoscimento in materia di contratti pubblici, pare aver in qualche modo bypassato la questione facendo riferimento in termini di principio alla tutela dell'affidamento anziché direttamente a quest'ultimo.

L'unico dato che si può registrare allora forse è questo: l'affidamento è un valore sociale e giuridico talmente “forte” e imprescindibile da essere stato capace di imporsi nei più diversi ambiti al di là della sua esatta definizione. Secondo la ricostruzione che si è tentato di delineare in questo lavoro, pare atto a fornire un grosso contributo al processo con cui rifondare la pubblica autorità nel senso di una maggiore responsabilizzazione e professionalizzazione, che gli derivino da un rivitalizzato principio di legalità anche formale quale piena espressione della democraticità che regge il nostro stato di diritto. L'affidamento e la sua adeguata tutela rappresentano il canale attraverso cui è possibile recuperare quella fiducia nelle istituzioni che da troppo tempo pare persa, al netto della salvaguardia di quella necessaria specialità ordinamentale che, rispecchiandone quella ontologica, vale ad apprestare il più equilibrato assetto di interessi.

BIBLIOGRAFIA

ACQUARELLI N., *Contro la doverosità dell'annullamento d'ufficio*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/2022, p. 367 ss.

AGRIFOGLIO G., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contratto e Impr.*, n. 3/2013, p. 819 ss.

ALESSI R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956.

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

ALLENA A. M. – GOISIS F., *Facoltatività e discrezionalità dell'annullamento d'ufficio? Riflessioni sull'autotutela tributaria e amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/2018, p. 691.

ANTONELLI V., *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2005, p. 601 ss.

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

ANTONIOLI M., *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della p.a.*, Torino, 2022.

ANTONIOLI M. L., *Buona fede, affidamento e responsabilità civile della P.A. nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in CERIDAP, 4 dicembre 2023.

ARDITO A., *Autotutela, affidamento e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. amm.*, n. 3/2008, p. 631 ss.

ARMENANTE F., *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e sistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2020, p. 261 ss.

AUGUSTO S., *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, n. 5/2020, p. 625 ss.

AVANZINI G., *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007.

BACCARINI S., *“Scelta” delle azioni e valutazione della “necessità” dell’annullamento per la tutela del ricorrente*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4/2011, p. 1260.

BACCI M., *L’evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell’Unione europea e degli Stati membri*, in *masterdirittoprivatoeuropeo.it*, 2015.

BALDI PAPINI U., *L’annullamento d’ufficio degli amministrativi invalidi*, Firenze, 1939.

BARONE G., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, n. 4/2002, p. 689 ss.

BASTIANON S., *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2012.

BENETAZZO C., *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell’affidamento*, in www.federalismi.it, 28 dicembre 2016.

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 142 ss.

BENVENUTI F., voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 539 ss.

BERTEA S., *La certezza del diritto nel dibattito teorico-contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n/1, 2001, p. 131 ss.

BERTOLI R., *S.c.i.a. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, n. 6/2017, p. 1381 ss.

BERTONAZZI L., *La tutela dell’affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 1/2010, p. 39 ss.

BERTONAZZI L., *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella Sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/1990*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 1/2012, p. 215 ss.

BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc.Priv.*, sez. civ., vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 154 ss.

BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1951, p. 146 ss.

BODDA P., *Sull'obbligo di annullare d'ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi* (nota a Cons. St., sez. IV, 24 settembre 1941, nn. 303-304), in *Il Foro amm.*, 1942, I, p. 3 ss.

BRUGNOLI E., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configura solo dopo l'aggiudicazione*, nota a Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 5/2009, p. 499 ss.

CALABRÒ M., *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in www.federalismi.it, 15 aprile 2020.

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1921.

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.

CAMPOLO F., *Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa di cui all'art. 21 nonies, comma 2bis, l. n. 241/1990*, in www.giustiziainsieme.it, 30 maggio 2024.

CANNADA BARTOLI E., voce *Annullabilità e annullamento* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, II, 1958, p. 487 ss.

CANNIZZARO E., *In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustiziainsieme.it, 2021.

CAPOLUPO S., *Il principio del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Fisco*, 2019, p. 1958 ss.

CAPONIGRO R., *Il potere amministrativo di autotutela*, in federalismi.it, 6 dicembre 2017.

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

CARANTA R., *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. it.*, 2023, p. 1950 ss.

CARANTA R., *La “comunitarizzazione” del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 1996, p. 429 ss.

CARAVITA B. – CARLOMAGNO G. , *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. una prospettiva di riforma*, in www.federalismi.it, 11 agosto 2021.

CARBONE A., *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'inannullabilità dell'atto amministrativo*, in RALLO A. – SCONAMIGLIO A. (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione: procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali: raccolta degli atti dell'incontro di studi preliminare al Convegno annuale AIPDA 2016*, Università degli studi del Molise, Campobasso, 8-9 aprile 2016.

CARBONE L., *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, Relazione al Convegno “La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadini e p.a.”, Roma, Palazzo Spada, 20 marzo 2017.

CARINGELLA F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, n. 2/2008, p. 425 ss.

CARLOTTI G., *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustamm.it.

CARNEVALE P., *“Al fuggir di giovinezza...nel doman s'ha più certezza” (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3643 ss.

CARNEVALE P., *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, vol. III, Napoli, 2012, p. 1936 ss.

CARNEVALE P., *Legge di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del «tributo» pagato dal legislatore-interprete «in materia tributaria» al principio di salvaguardia dell'interpretazione «plausibile»*, in *Giur. it.*, 2001, p. 12 ss.

CARNEVALE P., *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3658 ss.

CARPENTIERI P., *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. Giur. ed.*, n. 2/2022, p. 77 ss.

CASSETTA E. come richiamato da GOTTI P., *Osservazioni in tema di revoca degli atti amministrativi dopo le leggi n. 15/2005 e n. 40/2007*, in *Dir. amm.*, n. 3/2009, p. 691 ss.

CASSATELLA A., *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?* (nota a T.A.R. Trento, sez. I, 16 dicembre 2009, n.305), in *Foro amm. TAR*, n. 3/2010, p. 810 ss.

CASSATELLA A. , *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa* (nota a T.A.R. Bari, sez. II, 9 marzo 2006, n. 798), in *Foro amm. T.A.R.*, n. 6/2006, p. 2186 ss.

CASTORINA E., *“Certezza del diritto” e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio “comune”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 6/1998, p. 1177 ss..

CASTRONOVO C., *La “civilizzazione della pubblica amministrazione, in Europa e diritto privato*, n. 3/2013 p. 637 ss.

CAVALLARO M. C., *Atto amministrativo illegittimo: un caso di responsabilità contrattuale?*, in *Riv. Giur. ed.*, 2022, p. 910 ss.

CAVALLARO M. C., *Brevi riflessioni sulla natura giuridica del silenzio significativo della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, n. 11/2009, p. 3196 ss.

CELOTTO A., *Un importante riconoscimento del principio di affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 138 ss.

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

CHIARIELLO A. M., *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, n. 1/2023, p. 141 ss.

CHIEPPA R., voce *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 2008, p. 910 ss.

CHINÉ G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 797 ss.

CHITI M. P., *Juger l'administration c'est aussi legiferer? L'Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in *Riv. It., dir. pubbl. comunit.*, n. 5-6/2021, p. 869 ss.

CICERO A., *Riflessi civilistici della violazione di norme tributarie*, in *Riv. Not.*, n. 2, 2020, p. 378 ss.

CINGANO V., *Il danno causato da un provvedimento favorevole illegittimo: giurisdizione e risarcibilità*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 5 ss.

CIOFFI A., *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 16 gennaio 2023.

CIRILLO G. P., *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 5/2016, p. 484.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Giovanni Miele e la parabola del contratto di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2022, p. 57 ss.

CODACCI PISANELLI G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.

COLLI VIGNARELLI A., *Considerazioni sulla tutela dell'affidamento e della buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente*, in Riv. Dir. Trib., n. 6/ 2001, p. 669 ss.

CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in DI SAN LUCA G. C. (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005.

CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991.

CORLETTI D., *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in CORLETTI D. (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007.

CORSALE A., *Certezza del diritto (profili teorici)*, in Enc. Dir., VI, Roma, 1988, p. 5.

COZZOLINO G., *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in Rivista AIC, n. 1/2012.

CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

CUTOLO A., *Concessioni demaniali: indennizzo o punteggio maggiorato al concessionario uscente? Le scelte del legislatore ad un anno dalle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria*, in Riv. Giur. Ed., n. 6/2022, p. 527 ss.

D'AMELIO M., *Apparenza del diritto*, in N. D. I., I, Torino, 1937, 550 ss.

D'AMICO D., *Adunanza Plenaria n. 19/2021: risarcibilità dell'affidamento incolpevole del privato e suoi limiti*, in Il diritto amministrativo, n. 10/2024.

D'ANGELO F., *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in Dir. amm., n. 4/2014, p. 807 ss.

D'AYALA VALVA F., *Il principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente. Il ruolo dello Statuto*, in Riv. Dir. trib., fasc. 10, 2001, p. 915 ss.

DAMATO A., *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2/1999, p. 299 ss.

DE VALLES A., *Annullamento d'ufficio e interesse pubblico*, in *Foro it.*, 1951, III, p. 228 ss.

DELLA VALLE E., *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano, 2001.

DELLA VALLE E., *L'affidamento nella certezza del diritto tributario (studi preliminari)*, Roma, 1996, p. 175 ss.

DELLE CAVE G., *La vexata quaestio delle concessioni balneari sotto il profilo della "scarsità" della risorsa: i recenti approdi giurisprudenziali (nota a [T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 2 novembre 2023, n. 1223](#))*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, n. 3/2023, p. 583 ss.

DETTORI S., *Esercizio legittimo del potere di revoca e dovere di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2017, p. 861 ss.

DI CAPUA V., *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza Plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3/2022, p. 679 ss.

DI FIORE G., *Il riesame del provvedimento*, in DI SAN LUCA G. C. (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 227.

DI LASCIO F., *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. amm.*, n. 4/2022, p. 1037 ss.

DIPACE R., *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2021, p. 419 ss.

DURANTE N., *L'autotutela doverosa*, in www.giust-amm.it, 2022.

FAGA S., *Alla ricerca della natura del legittimo affidamento: un gioco di trasparenze*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 ss.

FALCON G., *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2003, p. 1 ss.

FALSITTA G., *Rilevanza delle circolari “interpretative” e tutela giurisdizionale del contribuente*, in *Rass. trib.*, 1998, p. 1 ss.

FALZEA A., *Apparenza*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 687 ss.

FELIZIANI C., *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm. CDS*, n. 1/2010, p. 173 ss.

FERRARA L., *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3/2019, p. 723 ss.

FERRARA R., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 1/2012, p. 193 ss.

FERRARI F., *Variazioni sul parametro del legittimo affidamento (in tempi di crisi economica): spunti ricostruttivi a partire da Corte cost. 108/2016*, in *Quaderni costituzionali*, 2016.

FERRARO F., *Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2021, p. 359 ss.

FILIPPI M., *Il principio dell’affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in www.giustiziainsieme.it, 17 febbraio 2021.

FONDERICO G., *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 10/2005, p. 1017 ss.

FRAGOMENI C., *Responsabilità dell’amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567)*, in www.giustiziainsieme.it, 22 settembre 2023.

FRANCARIO F., *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell’art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in www.federalismi.it, 21 ottobre 2015.

FRANCARIO F., *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in www.federalismi.it, 19 aprile 2017.

GAETANI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimentale legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica. Considerazioni a margine di Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674*, in www.giustamm.it, 2015.

GAFFURI F., *Osservazioni sull'obbligo di provvedere sulle istanze di autotutela* (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 1581), in *Urb. e app.*, n. 5/2020, p. 701 ss.

GALETTA D. U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 35 ss.

GALETTA D. U., *I procedimenti di riesame*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

GALETTA D. U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2008, p. 758 ss.

GALETTA D. U., *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Il Foro amm. – TAR*, n. 6/2008, p. 1899 ss.

GALLO C. E., *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/2016, p. 564 ss.

GAROFOLI R., *Il principio di legalità, il principio di legittimo affidamento, il principio di consensualità dell'azione amministrativa, il principio di semplificazione amministrativa*, Molfetta, Nel diritto editore, 2019.

GARRI F., *Il pubblico interesse all'annullamento d'ufficio ed il decorso del tempo* (*Rassegna di giurisprudenza 1950-1963*), in *Foro amm.*, 1964, III, p. 175 ss.

GIACOBELLI G., *Sul fondamento e i limiti del potere di annullamento (e di revoca) dell'atto amministrativo illegittimo*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1939, I, p. 106 ss.

GIANNELLI A. – TROPEA G., *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in Riv. It. Dir pubbl. comun., n. 5-6/2021, p. 723 ss.

GIARDINO E., *L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma*, in Gior. Dir. amm., n. 4/2018, p. 439 ss.

GIARDINO E., *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei provvedimenti*, in Gior. Dir. amm., n. 1/2017, p. 26 ss.

GIAVAZZI M., *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effetto utile*, in Riv. int. dir. amm. pubbl. CERIDAP, n. 4/2020, p. 154 ss.

GIGANTE M., *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in Dir. soc., n. 1/2009, p. 403 ss.

GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008.

GIORDANO A., *La tutela dell'affidamento secondo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.ratioiuris.it, 26 gennaio 2024.

GOLIA M., *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di "prova privilegiata"*, in Riv. Tri. Dir. Proc. Civ., n. 2/2021, p. 379 ss.

GRECO G., *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19, L. 241/1990)*, in Dir. proc. amm., n. 2/2014, p. 645 ss.

GRECO G., *La scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in Dir. proc. amm., n. 1/2011, p. 359 ss.

GRECO G., *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 2/2000, p. 375 ss.

GRÜNER G., *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2011, p. 273 ss.

GUALDANI A., *La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in www.federalismi.it, 2018.

GUALDANI A., *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, p. 208 ss.

GUGLIELMI G., *Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?*, in *Resp. Civ. e prev.*, n. 3/2021, p. 988 ss.

IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

IMMORDINO M., *Il potere amministrativo di revoca*, in federalismi.it, 2017.

JEMOLO A. C., *L'interesse come presupposto dell'annullamento di atti illegittimi*, in *Foro it.*, 1931, III, p. 1113 ss.

L. FERRARA, (recensione a) *Miriam Allena, L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 289 ss.

LA ROSA G., *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015.

LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi dei privati*, Milano, 2013.

LALIA MORRA M. L.– MURINO R., *Appalti: nuove regole del gioco con la carta imprevisti non si passa dal via*, in www.federalismi.it, 31 maggio 2023.

LAZZARA P., *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, n. 4/2011, p. 679 ss.

LEONE C., *Il principio di continuità dell'azione amministrativa tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007.

LIBERALI E., *Potere amministrativo, tempo e consumazione: riflessioni a margine di Cons. Stato*, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584, in www.ildirittoamministrativo.it.

LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004.

LIPARI M., *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in www.federalismi.it, 2015.

LISCIO A. M., *Il ruolo dell'esecutivo nell'incerto futuro delle concessioni demaniali marittime*, in www.federalismi.it, 22 marzo 2023.

LOGOZZO M., *Legittimo affidamento e buona fede nei rapporti tra contribuente e amministrazione*, Università LUISS Guido Carli di Roma, 19 dicembre 2012.

LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998.

LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Parte prima)*, in *Giur. it.*, 2007, p. 7 ss.

LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore*, Milano, 1999.

MACCHIA M., *La riforma della pubblica amministrazione – sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 5/2015, p. 621 ss.

MAFFEI P., *Il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, n. 1/2003, p. 498 ss.

MAGRI M., *La giustizia politico-amministrativa e le sue contraddizioni (in merito all'ultima sentenza del Consiglio di Stato sulla proroga delle concessioni demaniali marittime)*, in www.giustiziainsieme.it, 2023.

MAGRI M., *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole – il commento*, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 7/2014, p. 704 ss.

MANFREDI G., *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, p. 383 ss.

- MANNUCCI G., *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023.
- MANNUCCI G., *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta e metà (nota a Cons. St., Ad. Pl., 29 novembre 2021, n. 20)*, in *Gior.Dir.amm.*, 2022, p. 345 ss.
- MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979.
- MARCHEGIANI G., *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea*, in *Urb. e. app.*, n. 2/2021, p. 153 ss.
- MARGIOTTA S., *Certeza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, n.1/2021.
- MASCI, *In tema di annullamento di ufficio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, III, p. 259 ss.
- MASTROIANNI R., *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in www.eurojus.it, n. 1/2022, p. 105 ss.
- MATTARELLA B. G., *La riforma della pubblica amministrazione*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 5/2015, p. 621 ss.
- MATUCCI G., *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Padova, 2009.
- MAURIELLO P., *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giur. it.*, 2003, p. 5 ss.
- MAZZAMUTO M., *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 2/2021, p. 896 ss.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"* (dapprima "L'affidamento del cittadino", 1970), Milano, 2001.
- MERUSI F., *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica e comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2023, p. 215 ss.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

MONTANARI L., *La disciplina delle « quote latte » tra tutela del legittimo affidamento ed esigenze della politica agricola comune*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, n. 2/1999, p. 786 ss.

MONTEDORO G., *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2023.

MORBIDELLI G., *I cinquanta anni dell'Enciclopedia del diritto*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2011, p. 499 ss.

MULAZZANI G., *La collaborazione pubblico-privato e la sussidiarietà orizzontale. Da principio a modello efficace per lo sviluppo*, Bari, 2020.

NAPOLITANO C., *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite* (Nota a Cons. St., sez. V, 3 maggio 2012, n. 2549), in *Foro amm. CDS*, n. 11/2012, p. 2946 ss.

NAPOLITANO C., *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018.

NAPOLITANO C., *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2016, p. 1531 ss.

NAPOLITANO G., *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 3/2023, p. 285 ss.

NAPOLITANO G., *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, n. 4/2014, p. 695 ss.

NAPOLITANO G., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 3/2023, p. 287 ss.

Neri V., *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. E app.*, n. 6/2020, p. 724 ss.

NICO A., *La Corte costituzionale tra affidamento e ius superveniens*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2248 ss.

NIZZO C., *Il Commento, Affidamento nella ripetizione di aiuti di stato illegittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/1997, p. 1034 ss.

ONIDA. V., *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, in BRUTI LIBERATI E. – DE FOCATIIS M. – TRAVI A. (a cura di), *Il difficile mercato. Tutela dell'affidamento, regolazione del retail e repressione degli abusi nella disciplina dei settori energetici*, Atti degli ateliers di Aiden, 2016, p. 25.

OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1964, p. 912 ss.

PACE A., *Il fondamento del legittimo affidamento non sta nella ragionevolezza intrinseca della lex posterior sibbene negli autovincoli della lex anterior*, in Giur. cost., n. 5/2012, p. 3734 ss.

PAGANO F., *Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore (osservazioni a margine di Corte costituzionale n. 108 del 2016)*, in Rivista AIC, n. 2/2017.

PAGANO F., *L'abrogazione di norme previdenziali di favore tra recessività del legittimo affidamento ed equità intergenerazionale (nota a Corte. cost. n. 240/2019)*, in Oss. cost., n. 2/2020, p. 264 ss.

PAGANO F., *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle corti sovranazionali*, in Dir. pubbl., n. 2/2014, p. 583 ss.

PAOLANTONIO N. – POLICE A. – ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005.

PAPARELLA F., voce *Revoca* (dir. amm.), in *Enc.Dir.*, 1989 p. 204 ss.

PATRONI GRIFFI F., *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in www.federalismi.it, 7 dicembre 2011.

PERFETTI L. R., *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in Urb. e app., n. 1/2023, p. 5 ss.

PERRELLI M., *Autotutela e affidamento*, in *Rassegna monotematica di giurisprudenza*, 31 dicembre 2022.

PEZZAGLIA N., *L'autotutela nel diritto amministrativo*, in GIANNITI P. (a cura di), *La disciplina dell'autotutela*, Padova, 2010.

PIETROBON V., *Affidamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.

PIZZORUSSO A., voce *Certezza del diritto*.II. *Profili applicativi*, in *Enc. giur.* VI, 1988, p. 2 ss.

POLI G., *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P. A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012.

POLICE A. – CHIARIELLO A. M., *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in www.amministrativamente.com, n. 2/2022.

POSTERARO N., *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in www.federalismi.it, 2017.

POSTERARO N., *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del Codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8/2017)*, in www.federalismi.it, 2017.

POZZANI P., *Premesse per uno studio sulla pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2016, p. 365 ss.

PREDIERI A., *Certezza ed innovazione: la tutela dell'affidamento*, in AA. V., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Atti del Convegno di Firenze, 2-3 ottobre 1992, Milano, 1993.

PROFETA A., *Osservazioni sui principi generali del diritto dell'Unione europea: la tutela del legittimo affidamento*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2022.

RACCA G. M., *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, n. 8/2003, p. 943 ss.

RACCA G. M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006.

RAGNISCO, *Revoca ed annullamento di atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1907, III, p. 280 ss.

RAMAJOLI M., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 2/2015, p. 481 ss.

RAMAJOLI M., *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Rivista giur. urb.*, 2016, p. 99 ss.

RAMAJOLI M., *La S.C.I.A. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, p. 329 ss.

RENNI M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2005, p. 557 ss.

RESTA R., *L'annullamento di ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in *Il Foro amm.*, 1937, I, p. 121 ss.

ROLLI R. – GRANATA D., *Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesis del legittimo affidamento*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 5/2021, p. 1624 ss.

ROMANELLI V., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.

ROMANO B. N., *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2023, p. 765 ss.

ROMANO S., *Buona fede (dir. priv.)*, V, in *Enc. Dir.*, 1959 p. 677 ss.

ROSELLI F., *Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici*, in *Giust. Civ.*, 2021, p. 377 ss.

RUGGERI A., *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2005.

SACCO R., *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 665 ss.

SAITTA F., *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it.

SANDULLI A. M., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.federalismi.it, n. 7/2011.

SANDULLI A., *Riflessioni a margine della recente pronuncia della Corte di Giustizia sulle concessioni balneari*, in *Foro amm.*, n. 2/2023, p. 111 ss.

SANDULLI M. A., *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015, L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, 16 settembre 2015.

SANDULLI M. A., *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2021, p. 331 ss.

SANDULLI M. A., *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in www.federalismi.it, 2015.

SANDULLI M. A., *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in www.federalismi.it, 5 aprile 2023.

SCOCA F. G., *Massimo Severo Giannini, la teoria generale del diritto e la teoria del provvedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1/2024, p. 1 ss.

SCOCA F.G., *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, n. 1/2021, p. 1 ss.

SCONAMIGLIO C., *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. Civ. e prev.*, n. 9/2011, p. 1749 ss.

SDANGANELLI G., *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo*, nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 20 settembre 2017, n. 9847, in giustamm.it, 30 gennaio 2018.

SILVESTRI M., *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021.

SIMONATI A., *Responsabilità precontrattuale e risarcimento del danno da attività provvedimento dell'amministrazione: lo "stato dell'arte" alla luce di una recente sentenza del TRGA di Trento*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 443 ss.

SINISI M., *Il potere di autotutela caducatoria*, in SANDULLI A. M. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020.

SINISI M., *Autotutela e governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/2024, p. 157 ss.

SORACE D., *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2009, p. 379 ss.

SORDI B., *Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, n. 4/2000, p. 1023 ss.

SORRENTINO F., *Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 895 ss.

SPAGNUOLO VIGORITA R., *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 12 luglio 2023.

SQUAZZONI A., *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. Reg. merc.*, n. 2/2016, p. 160.

TARULLO S., *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008.

TASSONE S., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l.n. 205/2005*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2001, p. 1237 ss.

TERRASI A., *Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1098 ss.

TIMO M. , *Le proroghe ex lege delle concessioni “balneari” alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso* (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743), in www.giustiziainsieme.it, 12 ottobre 2022.

TRAVI A., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2028, p. 120 ss.

TREVES G., *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936.

TRIMARCHI BANFI F., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2018, p. 823 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005, p. 843 ss.

TRIMARCHI M., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, p. 189 ss.

TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

TRIMARCHI M., *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria* (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136), in www.giustiziainsieme.it, 17 febbraio 2021.

TRIMARCHI M., *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2016, p. 321 ss.

TROPEA G., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, n. 1/2016, p. 207 ss.

TUCCILLO S., *Autotutela: potere doveroso?*, in www.federalismi.it, 2016.

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

TURCHI A., *La tutela dell'affidamento del contribuente a fronte dei mutamenti interpretativi della finanza*, in *Riv. Dir. trib.*, n. 9/2003, p. 769 ss.

UBERTAZZI G., *La tutela del legittimo affidamento e dei diritti quesiti nel diritto comunitario*, in *Dir. com. sc.int.*, 1978, p. 415 ss.

URBANO G., *Al GO il risarcimento per lesione dell'affidamento da parte della Pa*, in *Guida dir.*, 2020, p. 30 ss.

URBANO G., *La pregiudiziale amministrativa tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione*, in *Foro amm. T.A.R.*, n. 11/2004, p. 3582 ss.

VARI F., *La tutela dell'affidamento del privato nella sicurezza giuridica e la sent. n. 89 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, p. 1760 ss.

VASTA S., *I procedimenti di revisione*, in CERULLI IRELLI V.(a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 2006.

VILLANI M., *Principio dell'affidamento: tra normativa tributaria e normativa comunitaria*, in www.altalex.it, 2009.

VIOTTO A., *Tutela dell'affidamento, consulenza giuridica e interpello*, in *Riv. dir. trib.*, n. 6/2017, p. 689 ss.

VIRZÌ F. V., *La doverosità del potere di annullamento d'ufficio*, in www.federalismi.it, 2018.

VITALE D., *La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità. Dilemmi antichi e nuove prospettive*, in www.federalismi.it, 1 novembre 2023.

VITTA C., *La revoca degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1930, IV, p. 1 ss.

VOLPE C., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

ZAMPETTI E., *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3/2022, p. 663 ss.

ZAMPETTI E., *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012.

ZAMPETTI E., *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio* (nota a Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915), in *Riv. Giur. Ed.*, n. 4/2015, p. 730 ss.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936.

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio con profonda sincerità e affetto il mio tutor, Prof. Wladimiro Gasparri, che anche in questa occasione mi ha assicurato sostegno costante ed è stato guida insostituibile e imprescindibile per la realizzazione di questo lavoro. Custodisco con immensa gratitudine la fortuna che ho avuto di poter imparare ancora una volta dai suoi insegnamenti e dalla sua esperienza, che mi hanno fatto crescere non solo sul piano professionale ma anche e soprattutto su quello personale.

Infine ringrazio con tutto il cuore Federica e Marta, i frutti più preziosi di tutto questo percorso.