



Ufficio del massimario della Giustizia amministrativa



RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

a cura di Marina Perrelli - 31 dicembre 2022

Autotutela e affidamento

Sommario: Premessa. § 1. L'autotutela: definizione ed evoluzione normativa e giurisprudenziale. § 2. L'affidamento: nozione civile, amministrativa, costituzionale ed europea. § 2.1. Nozione civile. § 2.2. Nozione amministrativa. § 2.3. Nozione costituzionale. § 2.4. Nozione europea. § 3. L'Adunanza plenaria n. 5 del 4 maggio 2018: i doveri di correttezza e buona fede nelle procedure ad evidenza pubblica prima e a prescindere dell'aggiudicazione. § 3.1. Le Adunanze plenarie nn. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021: affidamento del privato sul legittimo esercizio del potere e dell'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede e responsabilità della p.a.: per comportamenti contrari ai detti canoni. § 3.1.1. Affidamento basato su provvedimento successivamente annullato. § 3.1.2. Le condizioni per configurare la responsabilità della p.a. § 3.1.3. La responsabilità nei confronti del beneficiario del provvedimento favorevole successivamente caducato. § 3.2. Le sezioni unite della Cassazione (ordinanza n. 8236 del 28 aprile 2020 e sentenza n. 615 del 15 gennaio 2021): l'affidamento come situazione giuridica soggettiva terza rispetto a diritti soggettivi ed interessi legittimi. § 3.2.1. Le sezioni unite nn. 6594, 6595, 6596 del 23 maggio 2011: configurabilità dell'affidamento al di fuori dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto. § 3.2.2. L'ordinanza n. 8236 del 28 aprile 2020: l'elaborazione di una nuova nozione di affidamento rispetto alle ordinanze "gemelle" del 2011. § 3.2.3. La sentenza n. 615 del 15 gennaio 2021 consolida la nuova definizione dell'affidamento come "fiducia, delusione della fiducia e danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta". § 4. Affidamento legittimo e affidamento sostanziale: conseguenze sulla giurisdizione. § 5. Conclusioni.

Premessa.

Il presente studio esamina, in modo sintetico e senza alcuna pretesa di esaustività, la giurisprudenza delle giurisdizioni superiori relativa al rapporto tra autotutela e affidamento e, in particolare, le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione, adottate nel periodo dal 2018 al 2022, nelle rispettive funzioni nomofilattiche e di giudice della giurisdizione.

L'individuazione dell'arco temporale sul quale concentrare l'indagine prende le mosse dall'esigenza di offrire un angolo visuale aggiornato sulle più recenti tendenze evolutive del dibattito sul tema.

Si tratta di tema complesso poiché il rapporto tra autotutela e affidamento è caratterizzato dalla convivenza e dalla sovrapposizione di principi di diritto civile, di diritto amministrativo, di diritto costituzionale e di diritto europeo: ne discende la difficoltà per il giudice di definire il campo di applicazione delle norme di matrice civilistica rispetto all'azione regolata dal diritto amministrativo, di contemperare l'interesse pubblico all'eliminazione dal mondo giuridico di un atto non legittimo, ma in precedenza assentito da un organo pubblico, con la buona fede del destinatario (laddove sussistente), nel rispetto di una molteplicità di principi, primo tra tutti quello della certezza del diritto, immanenti all'ordinamento giuridico nazionale e comunitario.

Secondo le più recenti pronunce della Corte di cassazione il rapporto tra attività amministrativa e affidamento del privato non può essere limitato alle ipotesi di adozione di un atto amministrativo favorevole, successivamente annullato (con diverse sfumature se in sede di autotutela ovvero giurisdizionale), ma va indagato anche nei casi in cui l'amministrazione non abbia adottato alcun atto, ma abbia tenuto un comportamento "fuorviante" idoneo a condizionare le scelte del privato e, quindi, valutabile sotto il profilo risarcitorio, nella compresenza di una serie di requisiti.

1. L'autotutela: definizione ed evoluzione normativa e giurisprudenziale.

L'autotutela descrive uno dei fenomeni più noti e caratteristici del diritto amministrativo che fino a tempi piuttosto recenti non aveva ottenuto un espresso

riconoscimento normativo, intervenuto solo nel 2005 con l'introduzione, nell'ambito della legge n. 241 del 1990, del nuovo Capo IV-*bis*, rubricato *Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*.

La legge n. 15 del 2005 ha confermato la tradizionale distinzione fra le figure: *i)* dell'autotutela esecutiva, cui sono dedicati gli articoli 21-*ter*, sull'esecutorietà del provvedimento, e in parte l'articolo 21-*quater*, sull'efficacia ed esecutività; *ii)* dell'autotutela decisoria, cui sono dedicati gli articoli 21-*quinquies*, sulla revoca, e 21-*nomies*, sull'annullamento d'ufficio (come si argomenta da Cons. Stato, Ad. plen., n. 18 del 2020 che ha scolpito il nucleo essenziale dell'autotutela distinguendo al suo interno il fenomeno della decadenza).

L'autotutela esecutiva è il potere di eseguire unilateralmente e coattivamente provvedimenti che impongono obblighi a carico dei destinatari. La nozione in parola è collegata con quella di esecutorietà del provvedimento amministrativo e postula la previa indicazione del termine e delle modalità di esecuzione cui deve attenersi il soggetto obbligato al fine di prevenire il ricorso all'autotutela esecutiva (articolo 21-*ter*).

L'autotutela decisoria si sostanzia in una potestà generale per mezzo della quale alla P.A. è consentito riesaminare i propri atti al fine di emendarli da vizi di legittimità o di merito (ovvero al fine di far conseguire al rilievo di tali vizi la caducazione dell'atto che ne risulta viziato). Avendo ad oggetto precedenti provvedimenti amministrativi, la figura in esame si sostanzia in quello che è stato definito un procedimento di secondo grado (Cons. Stato, Ad. plen. n. 18 del 2020).

Per il tema che interessa ai fini della presente rassegna deve essere evidenziato che la positivizzazione delle disposizioni sull'autotutela decisoria ha comportato l'introduzione (e la specificazione rispetto alle regole civilistiche generali) nell'ordinamento nazionale del principio della tutela dell'affidamento nei confronti della condotta della pubblica amministrazione attraverso:

- a) la previsione dell'indennizzo nel caso della revoca di un provvedimento che rechi pregiudizio agli interessati (art. 21 *quinquies*);
- b) i limiti cronologici del potere di annullamento di ufficio dei provvedimenti illegittimi e il dovere di tener conto, nell'esercizio di tale potere, degli interessi dei

destinatari del provvedimento e dei contro interessati (articolo 21 *nonies*, Cons. Stato, Ad. plen. n. 18 del 2020);

- c) l'obbligo delle pubbliche amministrazioni e dei privati preposti all'esercizio di attività amministrative di risarcire il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, (articolo 2 *bis*, comma 1);
- d) la regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione secondo cui i *“rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”* (art. 1, comma 2-*bis*).

L'Adunanza plenaria n. 8 del 2017, relativa ad una fattispecie concernente l'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia in sanatoria, ha ribadito *che “l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio postula l'apprezzamento di un presupposto – per così dire – ‘rigido’ (l'illegittimità dell'atto da annullare) e di due ulteriori presupposti riferiti a concetti indeterminati, da apprezzare discrezionalmente dall'amministrazione (si tratta della ragionevolezza del termine di esercizio del potere di ritiro e dell'interesse pubblico alla rimozione, unitamente alla considerazione dell'interesse dei destinatari – Cons. Stato, VI, 27 gennaio 2017, n. 341 -)”*.

La Plenaria ha, in particolare, specificato che *“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 la 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”*.

Prosegue la citata sentenza evidenziando come la motivazione relativa alla *“motivata ponderazione fra i diversi interessi in gioco risulti tanto più necessaria nel caso di atti di ritiro di titoli edilizi, i quali sono destinati ad esaurirsi con l'adozione dell'atto ampliativo, palesando una scelta legislativa volta a riconoscere maggiore rilevanza all'interesse dei privati destinatari dell'atto e minore rilevanza all'interesse pubblico alla rimozione dell'atto i cui effetti si sono ormai prodotti in via definitiva”*.

2. L'affidamento: nozione civile, amministrativa, costituzionale ed europea.

2.1. Nozione civile

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 ingenerata.

Dell'affidamento sono applicazioni concrete, tra le altre, la *“regola possesso vale titolo”* ex art. 1153 c.c., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 c.c., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 c.c., il cui denominatore comune consiste nell'attribuire effetti all'atto compiuto dalla parte che in buona fede abbia pagato o contrattato con chi ha invece ricevuto il pagamento o alienato senza averne titolo.

2.2. Nozione amministrativa

L'affidamento ha nel tempo assunto il ruolo di principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo, come dimostra la sua positivizzazione con l'introduzione, nell'ambito della legge n. 241 del 1990, del nuovo Capo IV-*bis*, rubricato *Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*, ad opera della legge n. 15 del 2005.

Si tratta, peraltro, di principio che permea il diritto pubblico in generale ed è indice del progressivo orientamento del nostro ordinamento verso un'idea di "diritto amministrativo paritario", coerente con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione fissati dall'articolo 97 Cost..

Il principio dell'affidamento risponde ad un'idea del diritto amministrativo che postula un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione.

Come affermato dalla giurisprudenza amministrativa *“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. Sono emblematiche di tale*

tendenza tutte le riforme ispirate alla semplificazione e alla trasparenza dell'attività amministrativa, non ultima – per quel che rileva in questa sede, dove all'origine dell'arresto dell'iniziativa degli appellanti vi è la revoca della precedente autorizzazione archeologica – la l. n. 124 del 2015, intervenuta, tra le altre cose, sui presupposti del potere di autotutela, che deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale (cfr. art. 21-nonies co. 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-quarter, l. n. 164 del 2014 e poi dall'art. 6, comma 1, l. n. 124 del 2015; nonché l'art. 21-quinquies, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-ter, l. n. 164 del 2014). Del resto, da tempo la giurisprudenza è costante nel ritenere che il provvedimento di autotutela debba essere adeguatamente motivato con riferimento alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale nonché alla valutazione comparativa dell'interesse dei destinatari al mantenimento delle posizioni e dell'affidamento insorto in capo ai medesimi (ex multis: Cons. Stato n. 2468 del 2014; n. 2567 del 2012; vedasi anche la recente Ad. plen. n. 8 del 17 ottobre 2017)” (Cons. Stato, sez. VI, n. 1457 del 2018).

Il principio dell'affidamento è uno dei corollari dell'attività amministrativa, declinata secondo il modello di correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, che assomma 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 di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino.

2.3. Nozione costituzionale

Anche la Corte costituzionale ha “*costantemente riconosciuto che il valore del legittimo affidamento, che trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., non esclude che il legislatore possa adottare disposizioni che modificano in senso sfavorevole agli interessati la disciplina di rapporti giuridici, «anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti». Ciò può avvenire, tuttavia, a condizione «che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto» (ex plurimis, sentenze n. 216 e n. 56*

del 2015, n. 219 del 2014, n. 154 del 2014, n. 310 e n. 83 del 2013, n. 166 del 2012 e n. 302 del 2010; ordinanza n. 31 del 2011)” (Corte cost. n. 54 del 2019).

La Corte costituzionale ricostruisce la tutela dell'affidamento attraverso l'individuazione di un parametro composito, facendo ricorso all'art. 3, comma 1, Cost. e alle diverse norme costituzionali, prese di volta in volta in considerazione in ragione dei diritti costituzionalmente pregiudicati dall'intervento retroattivo del legislatore. In particolare la Corte evoca spesso gli artt. 38 e 41 Cost.

L'affidamento diviene tecnica di tutela e la sua frustrazione rileva come *condicio* per far fronte ad una lesione arrecata ad altri principi costituzionali, in contrasto con il diritto alla c.d. sicurezza giuridica valore fondamentale e indispensabile in uno Stato di diritto; in tal senso:

- a) è stata dichiarata incostituzionale una norma che ha soppresso un beneficio economico, introdotto per dissuadere una certa categoria di soggetti (nella specie controllori di volo militari) dal transitare nei ruoli dell'E.n.a.v., soppresso retroattivamente una volta scongiurato il pericolo dell'esodo (Corte cost. n. 169 del 2022);
- b) è stata dichiarata incostituzionale una norma che ha introdotto *ex novo* e retroattivamente – sia pure per porre termine ad un contenzioso seriale relativo al riconoscimento dell'indennità di amministrazione – il divieto di corrispondere tale emolumento (Corte cost. n. 145 del 2022, secondo cui nel caso di specie devono prevalere, sulle esigenze di contenimento della spesa pubblica e di deflazione del contenzioso, quelle afferenti al legittimo affidamento, alla stabilità dei rapporti giuridici, al giusto processo e al rispetto delle attribuzioni costituzionalmente riservate all'autorità giudiziaria);
- c) è stata dichiarata incostituzionale una norma nella parte in cui – pur operando una legittima interpretazione autentica di una precedente disposizione con fisiologici effetti retroattivi – faceva discendere, a carico di coloro che avevano fatto affidamento sulla precedente esegesi giurisprudenziale meno restrittiva, l'irrogazione di sanzioni civili per la mancata iscrizione alla gestione separata

dell'I.N.P.S. relativamente al periodo precedente l'entrata in vigore della norma di interpretazione autentica (Corte cost. n.104 del 2022).

2.4. Nozione europea

La tutela dell'affidamento rientra tra i principi dell'ordinamento unionale, ai quali l'attività amministrativa deve uniformarsi ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 241 del 1990, come la Corte di giustizia ha dichiarato fin dalla sentenza 3 maggio 1978, C-12/77, *Topfer*, nella quale si afferma che *"il principio della tutela del legittimo affidamento... fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe, ai sensi del predetto articolo, "una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione"*

Nella sentenza 14 marzo 2013 C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, la Corte, richiamando la propria consolidata giurisprudenza secondo cui il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali dell'Unione, statuisce che *"il diritto di avvalersi del suddetto principio si estende ad ogni soggetto nel quale un'istituzione dell'Unione ha fatto sorgere fondate speranze"* ed enuncia il principio secondo il quale *"costituiscono un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili"* (cfr. anche Corte di giustizia UE 23 gennaio 2019, C-419/17, *Deza a.s.*).

In particolare la Corte di giustizia afferma che *"il principio della certezza del diritto, il quale ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, segnatamente, che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese (v., in tal senso, sentenza dell'11 giugno 2015, *Berlington Hungary e a.*, C-98/14, EU:C:2015:386, punto 77 e la giurisprudenza ivi citata)"* (Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*).

Alla luce del quadro normativo e della giurisprudenza nazionale e comunitaria, emerge con evidenza che nella tutela dell'affidamento è centrale la dimensione soggettiva trattandosi di *"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"* (Cons. Stato, sez. VI, n. 5011 del 2020).

Sussistono tuttavia fisiologici limiti alla tutela dell'affidamento, riconducibili alle caratteristiche del rapporto amministrativo ed alla esigenza di proteggere valori superiori alle aspettative di profitto delle imprese; si pensi, a titolo di esempio:

- a) alle evenienze legate alla durata del rapporto nel tempo, al venire meno dell'elemento fiduciario, alla necessità di tenere conto di sopravvenienze normative, all'esercizio di poteri pianificatori e programmatori (Cons. Stato, sez. IV, n. 3018 del 2022; n. 2460 del 2022; 2057 del 2022; n. 6470 del 2021; n. 2999 del 2021; n. 2194 del 2021; argomenta anche da Corte cost. n. 202 del 2021; n. 179 del 2019);
- b) alla prevalenza del principio di neutralità in sede di procedure *lato sensu* comparative; alle scelte di politica economica; alla necessità di superare prassi amministrative illegittime sia pure reiterate nel tempo (Corte di giustizia UE, sez. VI, 5 marzo 2020, C-211/18; 11 aprile 2018, C-532/16; 1 febbraio 2017, C-430/15; 21 gennaio 2016, C-335/14).

3. L'Adunanza plenaria n. 5 del 4 maggio 2018: i doveri di correttezza e buona fede nelle procedure ad evidenza pubblica prima e a prescindere dell'aggiudicazione.

Nella sentenza n. 5 del 4 maggio 2018 l'Adunanza plenaria ha affermato che il *“progressivo ampliamento del dovere di correttezza (anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto) ha trovato riscontro anche rispetto all'attività autoritativa della pubblica amministrazione sottoposta al regime del procedimento amministrativo, quando a dolersi della scorrettezza è proprio il privato che partecipa al procedimento. La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte*

negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250)".

In questi casi il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico.

L'Adunanza plenaria nella citata pronuncia evidenzia come *“nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)”*.

Dal quadro giurisprudenziale e dall'interpretazione data ai molteplici interventi normativi susseguitisi successivamente al 2005 – vale a dire dalla positivizzazione della nozione di autotutela e del connesso principio dell'affidamento - emerge che i doveri di correttezza, lealtà e buona fede (riconducibili in ultima analisi al generale dovere di solidarietà ai sensi dell'art. 2, Cost.) hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato.

Aderendo a tale impostazione l'Adunanza plenaria afferma che sarebbe restrittiva e contraddittoria la tesi secondo cui, nell'ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, i doveri di correttezza nascono solo dopo l'adozione del provvedimento di

aggiudicazione, e inoltre finirebbe per creare a favore del soggetto pubblico “zone franche” di responsabilità, introducendo in via pretoria un regime “speciale” e “privilegiato”, in contrasto con i principi generali dell’ordinamento civile e con la chiara tendenza al richiamato progressivo ampliamento dei doveri di correttezza.

Alla luce delle suesposte considerazioni e dei richiamati principi l’Adunanza plenaria ha, pertanto, affermato che *“nell’ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell’aggiudicazione, nell’ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento, specificando che però che “affinché nasca la responsabilità dell’amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l’esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l’affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall’indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all’amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all’amministrazione”*.

3.1. Le Adunanze plenarie nn. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021: affidamento del privato sul legittimo esercizio del potere e dell’operato dell’amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede e responsabilità della p.a. per comportamenti contrari ai detti canoni.

Con le sentenze dell’Adunanza plenaria nn. 19, 20 e 21, emesse il 29 novembre 2021, il Consiglio di Stato è tornato nuovamente ad occuparsi di questioni relative alla tutela dell’affidamento.

3.1.1. Affidamento basato su provvedimento successivamente annullato.

In particolare nella prima sentenza è stata affrontata la questione relativa alla possibilità di configurare un *“legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo annullato”* in sede giurisdizionale che il suo destinatario possa azionare mediante una domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione che ha emanato l'atto e, *“in caso positivo”*, a quali condizioni ed entro quali limiti un simile affidamento può essere riconosciuto un risarcimento del danno *“per lesione dell'affidamento incolpevole”*, deferite con l'ordinanza della II Sezione del 9 marzo 2021, n. 2013.

Il Consiglio di Stato ha ribadito 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”*. L'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza del 5 settembre 2005, n. 6, in un caso in cui l'impresa aggiudicataria di una procedura di affidamento di un appalto pubblico aveva chiesto la condanna al risarcimento dei danni nei confronti dell'amministrazione che aveva legittimamente revocato la gara.

Sul presupposto che, nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica, quest'ultima è anche soggetta alle *«norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune»*, e malgrado la legittimità dell'intervento in autotutela, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto il risarcimento per la lesione dell'affidamento maturato dall'aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento definitivo.

Tanto premesso, la Plenaria ha proseguito statuendo che *“a fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità. Inoltre la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, come nella fattispecie decisa dall'Adunanza plenaria nelle sopra menzionate sentenze del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5, ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Anche in questa seconda ipotesi può infatti configurarsi per il soggetto beneficiario dell'atto per sé favorevole un'aspettativa alla stabilità del bene della vita con esso*

acquisito e che dunque può essere lesa dalla sua perdita conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale".

Sulla scorta delle predette considerazioni è stato pertanto affermato che *“nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti all'esercizio del pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”*.

E' stata poi affrontata l'ulteriore questione dei limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento.

Presupposto per la risarcibilità è che l'affidamento sia *“ragionevole”*, cioè si fondi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, in cui il privato abbia senza colpa confidato. Nel caso di provvedimento favorevole poi annullato, il soggetto beneficiario deve vantare una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale può essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico.

Il giudice amministrativo ha, pertanto, specificato che *“la tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse”*. Vale, pertanto, anche nei rapporti di diritto amministrativo la regola di carattere generale in ambito civile secondo la quale la buona fede *«non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave»* (art. 1147, comma 2, c.c.), per cui un affidamento incolpevole non è predicabile nel caso in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento ovvero nel caso in cui l'illegittimità del provvedimento fosse evidente ed avrebbe potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario.

3.1.2. Le condizioni per configurare la responsabilità della P.A.

Nella sentenza n. 20 del 29 novembre 2021 il Consiglio di Stato ha affrontato la questione della responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo, nel caso di specie un permesso di costruire, illegittimamente emanato e poi annullato.

La Plenaria ha affermato, in coerenza con il fondamento costituzionale di riparto di giurisdizione, che *“è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i «comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»; ed inoltre che «nelle particolari materie indicate dalla legge» di giurisdizione esclusiva - quale quella sugli «atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia» di cui all'art. 133, comma 1, lett. f), cod. proc. amm. oggetto del presente giudizio - essa si manifesta «attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela», anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione”*.

Nel merito, premesso che *“l'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, id est incolpevole”* e *“fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, in cui il privato abbia senza colpa confidato”*, la Plenaria ha ritenuto che *“l'atteggiamento psicologico del beneficiario può dunque essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi, ma non anche ogniqualvolta e per il solo fatto che vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto”*.

A tale ricostruzione consegue l'affermazione del principio per cui *“la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento”*.

3.1.3. La responsabilità nei confronti del beneficiario del provvedimento favorevole successivamente caducato.

Con l'Adunanza plenaria 'gemella' (n. 21 del 2021) il Consiglio di Stato ha affrontato la questione della responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale.

Con riguardo alla possibilità che il provvedimento amministrativo sia per il soggetto beneficiario fonte di un *“legittimo e qualificato affidamento”*, la cui lesione per effetto del successivo annullamento in sede giurisdizionale lo legittimi a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'amministrazione, il Consiglio di Stato ha dato risposta affermativa, richiamando quanto già esposto nella sentenza gemella n. 19 del 29 novembre 2021.

L'Adunanza plenaria, poi, declina i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento con riguardo *“all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, deve in primo luogo essere precisato che questo settore dell'attività della pubblica amministrazione è quello in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima”*.

Richiamati i principi espressi sull'affidamento *“ragionevole, id est incolpevole”* tutelabile in sede risarcitoria, espressi nella sentenza n. 19 dello stesso 29 novembre 2021, l'Adunanza plenaria rammenta che ai sensi dell'art. 1338 c.c. è assoggettata *“a responsabilità precontrattuale la «parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte», ed in base al quale viene escluso il risarcimento se la conoscenza di una causa invalidante il contratto è comune ad entrambe le parti che conducono le trattative, poiché nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta (in questo senso, di recente: Cass. civ, III, 18 maggio 2016, n. 10156; sez. lav., ord. 31 gennaio 2020, n. 2316; sent. 5 febbraio 2016, n. 2327)”*.

Tale profilo, infatti, assume rilievo là dove sia esercitato il potere di annullamento d'ufficio della procedura di gara, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, che opera in modo distinto rispetto alla revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della medesima legge sul procedimento amministrativo, perché interviene non già come rivalutazione

dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto, secondo l'ampia definizione del potere di revoca data dalla disposizione da ultimo richiamata, ma *“per rimuovere un vizio di legittimità degli atti della procedura di gara”*. Ne discende, quindi, quale logico corollario che se *“il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi (in questo senso: Cons. Stato, V, 23 agosto 2016, n. 3674, che ha affermato al riguardo che «al fine di escludere la risarcibilità del pregiudizio patito dal privato a causa dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità dell'aggiudicazione, che il giudice deve verificare in concreto se il principio di diritto violato sia conosciuto o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione della norma di azione e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità»”*.

Sottolinea, inoltre, l'Adunanza plenaria che l'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione sia disposto in sede giurisdizionale. In tale ultima evenienza, secondo la ricostruzione sposata dalla Plenaria, *“emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio”*.

3.2. Le sezioni unite della Cassazione (ordinanza n. 8236 del 28 aprile 2020 e sentenza n. 615 del 15 gennaio 2021): l'affidamento come situazione giuridica soggettiva terza rispetto a diritti soggettivi ed interessi legittimi.

3.2.1. Le sezioni unite nn. 6594, 6595,6596 del 23 maggio 2011: configurabilità dell'affidamento al di fuori dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto.

Le sezioni unite della Corte di cassazione, con le ordinanze “gemelle” del 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596, hanno ammesso la configurabilità, anche al di fuori dall’ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto, di una responsabilità dell’amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o in sede di autotutela (cfr. anche in termini Cass. civ., sez. un., n. 1162 del 2015 e n. 17586 del 2015).

Le controversie sottoposte alla Corte di cassazione riguardavano:

- a) il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie, una concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela (ord. n. 6594 del 2011);
- b) 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 (ord. n. 6595 del 2011);
- c) il risarcimento 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 (ord. n. 6596 del 2011).

Nelle predette pronunce si afferma che nei casi in cui, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell’amministrazione si connota come responsabilità da comportamento da violazione del diritto soggettivo alla libertà di autodeterminazione negoziale.

Il privato lamenta che l’agire scorretto dell’amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e,

quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale, evidentemente onerosa per il suo patrimonio, posta in essere in base al provvedimento e che, una volta venuto meno quest'ultimo, si rivela inutile e, quindi, fonte di perdite o mancati guadagni.

In questi casi, la Corte di cassazione ha affermato che il provvedimento è elemento di una più complessa fattispecie che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole del privato, tale da indurlo a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento.

Con alcune successive pronunce è stato ribadito che le controversie relative ai danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, legittimamente annullato, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario perché hanno ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo pretensivo, ma di un diritto soggettivo; diritto generalmente qualificato come "*diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio*", leso dalle scelte compiute confidando nella legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato (Cass. civ., n. 1654 del 2018, 4996 del 2018, 22435 del 2018, 32365 del 2018, 4889 del 2019, 6885 del 2019 e 12635 del 2019).

3.2.2. L'ordinanza n. 8236 del 28 aprile 2020: l'elaborazione di una nuova nozione di affidamento rispetto alle ordinanze "gemelle" del 2011.

Con l'ordinanza n. 8236 del 28 aprile 2020, le sezioni unite hanno ulteriormente ampliato la tutela dell'affidamento nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione affermando la possibilità di ottenere il risarcimento del danno per lesione dell'affidamento causato da una '*fattispecie comportamentale pura*' della p.a.

Nella detta pronuncia, le sezioni unite non fanno riferimento ad una fattispecie caratterizzata da comportamenti fuorvianti che si accompagnano ad un provvedimento ampliativo illegittimo, ma si riferisce ad una serie complessa di comportamenti della amministrazione, nell'insieme lesivi dell'affidamento del privato.

La Corte precisa, al fine di definire la situazione giuridica soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria, che nel caso di danno lamentato dal privato che abbia ottenuto un

determinato bene della vita mediante un provvedimento amministrativo illegittimo, successivamente annullato *“la fattispecie causativa del danno non consiste, pertanto, nella lesione dell'interesse legittimo del destinatario del provvedimento, bensì nella lesione dell'affidamento che costui ha riposto nella legittimità del provvedimento che gli ha attribuito il bene della vita”*.

La lesione di cui si discute, secondo la ricostruzione della Corte di cassazione, non è causata dal provvedimento favorevole illegittimo (e, perciò, giustamente annullato), ma non dannoso per il suo destinatario, ma dalla fattispecie complessa costituita dall'emanazione dell'atto favorevole illegittimo, dall'incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità e dal successivo legittimo annullamento dell'atto stesso.

Afferma nella citata ordinanza la Corte di cassazione 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; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità”*.

Fatta questa precisazione, si supera la definizione di affidamento contenuta nelle richiamate tre ordinanze gemelle del 2011 e anche quella di “affidamento legittimo”, la cui tutela si rinviene nella disciplina dell'annullamento di ufficio del provvedimento amministrativo dettata dall'articolo 21 *nonies* della legge n. 241/1990 e si individua una nuova e distinta nozione.

L'affidamento di cui si controverte è una *“situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede. E' propriamente in questa prospettiva che, (...) il provvedimento favorevole, unito alle specifiche circostanze che abbiano dato fondamento alla fiducia nella legittimità e nella stabilità del medesimo, viene in considerazione quale elemento di una situazione che chiede protezione contro le conseguenze dannose della fiducia mal riposta”*.

Corollario della nuova nozione di affidamento è che la situazione soggettiva del privato lesa dalla delusione delle aspettative generate dal comportamento della pubblica

amministrazione è un *tertium genus* non essendo qualificabile né come interesse legittimo, in quanto non è correlata, se non in via indiretta ed eventuale al mancato e/o cattivo uso del potere da parte della p.a., né come il "*diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio*", in quanto il patrimonio di un soggetto altro non è se non l'insieme di tutte le situazioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo, e come tale è privo di una sua consistenza autonoma.

Ulteriore corollario della nozione di affidamento - come situazione giuridica tutelata a prescindere dalla sua qualificazione quale interesse legittimo o diritto soggettivo all'integrità del patrimonio - è l'adesione all'orientamento che definisce "*la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione come responsabilità da contatto sociale qualificato dallo status della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti. Il contatto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta l'art. 1175 c.c. (correttezza), l'art. 1176 c.c. (diligenza) e l'art. 1337 c.c. (buona fede)*".

3.2.3. La sentenza n. 615 del 15 gennaio 2021 consolida la nuova definizione dell'affidamento come "*fiducia, delusione della fiducia e danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta*".

La ricostruzione della nozione di affidamento sposata dalle sezioni unite nell'ordinanza n. 8236 del 2020 è stata ribadita anche nella sentenza del 15 gennaio 2021, n.615 che ha ulteriormente specificato:

- a) da un lato che gli obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, imposti dagli artt. 1175, 1176 e 1137 c.c. "*hanno ormai assunto una funzione ed un ambito applicativo più ampio rispetto a quelli concepiti dal codice civile del 1942, e non possono essere più considerati strumentali solo alla conclusione di un contratto valido e socialmente utile, ma anche alla tutela del diritto, di derivazione costituzionale (art. 41 Cost. comma 1), di*

autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza”;

- b) dall’altro che *“le disposizioni contenute nella legge n. 241/1990 (artt. 21 quinquies, 21 nonies, art. 2 bis, comma 1), pur disciplinando direttamente l’azione amministrativa, la cui violazione inficia la stessa legittimità dell’atto amministrativo, nondimeno vengono in rilievo per il loro carattere sistematico, che orienta progressivamente il nostro ordinamento verso un’idea di “diritto amministrativo paritario” nei casi in cui il danno derivi non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l’esercizio del potere amministrativo, ma dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui la pubblica amministrazione è tenuta a conformarsi al pari di qualunque altro soggetto”.*

La dottrina ha evidenziato come la suddetta ricostruzione rappresenti una vera novità nell’orizzonte dei comportamenti dell’amministrazione: essa infatti non solo non è suscettibile di essere ascritta a nessuna delle categorie ordinarie di classificazione degli stessi (autoritativi, esecutivi, omissivi o *iure privatorum*), ma delinea altresì un affidamento distinto tanto da quello di cui alla citata sentenza *Topfer* della Corte di giustizia dell’UE quanto dalle ipotesi di legittimo affidamento previste dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990.

4. Affidamento legittimo e affidamento sostanziale: conseguenze sulla giurisdizione.

Dal pur rapido esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione, (rispettivamente in adunanza plenaria e a sezioni unite), che ha approfondito il rapporto tra autotutela e affidamento, emergono le differenti nozioni di affidamento elaborate da ciascun organo nomofilattico.

La configurazione dell’affidamento nel diritto europeo e l’affidamento legittimo definito dalla legge n. 241 del 1990 sono collegati all’adozione di atti e provvedimenti, mentre l’affidamento che tratteggia la Corte di cassazione nella citata ordinanza n. 8236 del 2020 è legato a comportamenti della p.a. e si fonda sui principi generali dell’ordinamento, da un lato quelli di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost., dall’altro quelli di buon andamento dell’art. 97 Cost., declinati alla luce degli artt. 1175, 1176 e

1137 c.c. che *“hanno ormai assunto una funzione ed un ambito applicativo più ampi rispetto a quella concepiti dal codice civile del 1942, e non possono essere più considerati strumentali solo alla conclusione di un contratto valido e socialmente utile, ma anche alla tutela del diritto, di derivazione costituzionale (art. 41 Cost. comma 1), di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza”* (cfr. Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615)

In realtà ad una più attenta analisi della citata ordinanza della Cassazione la vera novità è rappresentata dall'aver disegnato l'affidamento come un *tertium genus* rispetto all'interesse legittimo e al diritto soggettivo all'integrità patrimoniale o all'autodeterminazione negoziale.

L'affidamento diviene così una *“situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede”*.

Corollario immediato della predetta ricostruzione è la devoluzione all'autorità giudiziaria ordinaria delle controversie relative *“ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c. e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione”* (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 615 del 2021).

Le 'Plenarie gemelle' nn. 19 e 21 del 2021 non hanno, invece, condiviso l'orientamento della Corte di cassazione secondo cui l'affidamento costituisce un diritto

autonomo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione per lesione da affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole poi annullato.

Nelle predette pronunce si è invece posto in rilievo che, in conformità alla sua origine quale istituto giuridico espressione di un principio più che di una situazione soggettiva, l'affidamento *“contribuisce a fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive”* e che nei rapporti con l'amministrazione essa si traduce nell'*“aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato”*, che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima.

Dalla predetta ricostruzione discende l'affermazione della giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile dunque all'amministrazione che *“agisce in veste di autorità”* e si iscrive nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale è, ai sensi della Costituzione, il giudice amministrativo (art. 103, comma 1). E 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 cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo), sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto 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.

Pertanto, anche alla luce del tenore letterale dell'art. 7, comma 1, c.p.a. il suo ambito di applicazione non sembrerebbe poter essere circoscritto al solo risarcimento del danno da provvedimento sfavorevole e non anche alla situazione simmetrica del danno da provvedimento favorevole poi annullato, in quanto la degradazione di quest'ultimo a mero fatto sembra una forzatura del sistema che complica, invece, di semplificare l'accesso alla tutela del cittadino.

5. Conclusioni.

A seguito della ricognizione dianzi riportata, si manifesta la complessità del rapporto tra autotutela e affidamento che risiede, *in primis*, nella convivenza e nella sovrapposizione di principi di diritto civile, di diritto amministrativo e di diritto europeo, così come la difficoltà di definire il campo di applicazione del diritto civile rispetto all'azione regolata dal diritto amministrativo, di contemperare l'interesse pubblico all'eliminazione dal mondo giuridico di un atto non legittimo, ma previamente assentito, e la buona fede del destinatario, nel rispetto di una molteplicità di principi, primo tra tutti quello della certezza del diritto, immanenti all'ordinamento giuridico nazionale e comunitario.

Come evidenziato in una precedente rassegna monotematica dell'Ufficio studi, massimario e formazione (*“La tutela dell'affidamento: spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?”*), gli *“obblighi di trasparenza, attenzione e diligenza, nell'attività di tipo pubblicistico si concretizzano essenzialmente nell'osservanza delle regole poste dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 e non è possibile immaginare che la posizione si trasformi in diritto soggettivo”*.

Resta aperta la questione sulla giurisdizione in quanto a fronte delle pronunce della Corte di cassazione che configurano l'affidamento come *tertium genus*, distinto dal diritto soggettivo all'integrità patrimoniale e/o all'autodeterminazione negoziale e dall'interesse legittimo, e tutelabile davanti al giudice ordinario, il Consiglio di Stato sostiene che anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, poiché l'operato dell'amministrazione, che *“agisce in veste di autorità”* costituisce espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura e si iscrive nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1).