

INTRODUZIONE

È davvero così improbabile che un agire legittimo della pubblica amministrazione possa far sorgere un diritto al risarcimento per il privato?

Il presente lavoro si prefigge l'obiettivo di rispondere a tale quesito con particolare riferimento al fenomeno, molto diffuso nella prassi, dell'annullamento di un provvedimento favorevole, ma illegittimo. In questo particolare caso l'affidamento riposto dal privato nella legittimità e stabilità del provvedimento potrebbe far sorgere comunque il diritto al risarcimento del danno nel caso in cui l'amministrazione legittimamente provveda a rimuoverlo. Nel rapporto tra amministrazione e privato operano, infatti, alcuni principi, previsti dall'art. 1 della legge n. 241/1990, che fungono da linee guida per il soggetto pubblico, quali il principio di trasparenza, di imparzialità, di pubblicità, di economicità, di efficacia, nonché i principi dell'ordinamento comunitario. L'opera di elaborazione e di interpretazione svolta dalla Corte di giustizia ha notevolmente contribuito a quel fenomeno di "europeizzazione" di tutto il diritto amministrativo nazionale, nel senso di armonizzare e uniformare i principi elaborati in ambito comunitario all'interno dei singoli Stati membri. Fra i principi sovranazionali che, senza alcun dubbio, presentano una notevole incidenza sul nostro ordinamento nazionale rientra il principio del legittimo affidamento.

L'impossibilità di applicare questo principio, così come altri principi, al diritto pubblico, è stato per lungo tempo un dogma intangibile, sul quale ha inciso in maniera rilevante anche la concezione per cui il soggetto pubblico, nel rapporto amministrativo, si trovi in una posizione di supremazia nei confronti degli amministrati. Dagli anni Settanta in poi, grazie anche all'opera svolta da Merusi¹ – che presenta un primo contributo dottrinale organico in materia, in un terreno ai tempi ancora poco battuto e soprattutto confuso – si assiste ad una prima emersione del principio.

Il legittimo affidamento ha trovato oggi terreno fertile per la sua espansione nel nostro ordinamento in virtù anche della complessità della moderna macchina burocratica. I tempi per il rilascio di un provvedimento amministrativo, così come le lungaggini dei processi nei quali il giudice deve pronunciarsi sulla validità o meno dello stesso

¹ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970.

permettono il consolidarsi di aspettative rilevanti, che talvolta vengono, in un secondo momento, tradite². Il legittimo affidamento, da una collocazione meramente episodica o marginale, assurge oggi a principio generale al quale devono conformarsi le regole di validità dei provvedimenti³, essendo perciò difficilmente ignorabile dal soggetto pubblico o dal giudice.

Nel primo capitolo del presente elaborato viene tracciata un'analisi storico-giuridica del principio in questione, dalla sua emersione nel diritto romano, passando per il diritto tedesco e l'elaborazione fornita dalla Corte di giustizia, giungendo infine all'implicito ingresso nella legge sul procedimento amministrativo del 1990, per il tramite del generico riferimento ai principi dell'ordinamento comunitario previsto all'art. 1. Nel caso del rilascio di un provvedimento favorevole, ma illegittimo entra in gioco questo fondamentale principio, dal momento che matura nel privato l'incolpevole convincimento della legittimità del provvedimento.

Il legittimo affidamento, nel rapporto tra soggetto pubblico e privato, opera in maniera rilevante nel caso in cui l'amministrazione agisca in autotutela. Nel secondo capitolo viene posta, infatti, l'attenzione sui due istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio. La norma sulla revoca (art. 21-*quinquies*, l. 241/1990) merita menzione in quanto tutela l'affidamento attraverso la predisposizione di un indennizzo al privato; quella sull'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*, l. 241/1990), viene analizzata in maniera più dettagliata, evidenziando come, nel corso degli anni, il legislatore, attraverso le numerose novelle, si sia dimostrato sempre più incline al riconoscimento di una tutela per il privato inciso dal provvedimento di secondo grado. In particolar modo, la riforma Madia del 2015 ha segnato un punto di svolta di rilevante importanza ai fini del riconoscimento di una maggior tutela del privato e di una maggiore effettività del principio di stabilità degli effetti giuridici, riconoscendo il limite massimo di diciotto mesi per poter annullare d'ufficio un precedente provvedimento vantaggioso per il privato.

Anche con riferimento all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, e precisamente nei casi di procedure di evidenza pubblica, possono sorgere posizioni di legittimo affidamento nell'ipotesi in cui l'amministrazione revochi o annulli un atto della

² A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 13.

³ A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, pp. 7-8.

procedura. La materia in questione è stata di recente arricchita da una “sortita” dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con cui si è riconosciuta, in maniera totalmente rivoluzionaria, la formazione di affidamenti tutelabili anche prima del sopraggiungere dell’aggiudicazione definitiva. La pronuncia in questione (n. 5/2018), benché di importanza fondamentale per la tutela del soggetto privato, presenta alcuni punti critici, oggetto della presente trattazione.

Non essendo un principio positivizzato in alcuna norma giuridica, il legittimo affidamento presenta alcune profili incerti, non ancora risolti. Uno di questi riguarda l’esatta individuazione della sua natura giuridica, con riferimento alla quale dottrina e giurisprudenza si sono, nel corso degli anni, confrontate, formulando le più disparate elaborazioni. Un’ulteriore problematica riguarda le potenzialità risarcitorie derivanti dalla violazione del principio. Con particolare riferimento al fenomeno dell’annullamento di un provvedimento favorevole, ma illegittimo, nel corso degli ultimi anni varie pronunce del giudice amministrativo e civile hanno ulteriormente incrementato il panorama giurisprudenziale prevedendo alcune volte sì, altre no, il risarcimento dei danni patiti dal privato che si è visto annullare – dal giudice o dall’amministrazione stessa – il provvedimento favorevole.

Superato egregiamente dalla Sezioni unite della Cassazione nel 1999 il dogma dell’irrisarcibilità degli interessi legittimi, restano, dunque, ancora da chiarire alcuni aspetti su cui i giudici si sono ripetutamente soffermati. L’ingiustizia del danno, il concorso di colpa del privato, la natura della responsabilità amministrativa sono solo alcuni dei punti controversi su cui dottrina e giurisprudenza si sono confrontate in relazione alla problematica in questione. Il *punctum dolens* più dibattuto negli ultimi anni ha riguardato, però, l’esatta qualificazione della posizione giuridica soggettiva fatta valere dal privato in giudizio e, di conseguenza, l’individuazione del giudice fornito di giurisdizione sulla domanda risarcitoria.

Nel 2011 la Suprema Corte di Cassazione, con tre ordinanze definite “gemelle”, si è espressa in maniera ferma e decisa sul riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario, cui hanno fatto seguito altre pronunce che si sono espresse nei medesimi termini. Nonostante ciò, merita di essere segnalata la riluttanza di una parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa che, altrettanto fermamente, riconosce come giudice della richiesta risarcitoria il giudice amministrativo.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO NEL RAPPORTO AMMINISTRATIVO E L'INTERESSE DEL PRIVATO ALLA STABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO

SOMMARIO: 1. La nascita del principio: dalla *bona fides* all'art. 1 l. 241/1990. – 2. La natura giuridica del legittimo affidamento: tra possibili ricostruzioni e nuove soluzioni. – 2.1. Diritto soggettivo. – 2.2. Interesse legittimo. – 2.3. *Tertium genus*. – 2.4. Quale soluzione? – 3. Legittimità e ragionevolezza dell'affidamento: elementi e criteri di individuazione. – 3.1. Elemento oggettivo. – 3.2. Elemento soggettivo. – 3.3. Elemento cronologico. – 4. Il legittimo affidamento come limite alla discrezionalità amministrativa.

1. La nascita del principio: dalla *bona fides* all'art. 1 l. 241/1990.

Il rapporto tra la pubblica amministrazione e il cittadino è stato influenzato nel corso degli anni da principi civilistici che sembrerebbero, a primo impatto, mal conciliarsi con la sua natura pubblicistica in cui, molto spesso, la parte pubblica esercita poteri di natura autoritativa. Uno di questi principi è, senza dubbio, quello del legittimo affidamento.

La nozione giuridica di “affidamento” affonda le sue radici nel diritto romano e in particolare nel concetto di buona fede, la *fides*, che veniva invocata nei rapporti giuridici in cui le parti si trovavano in posizione di disuguaglianza. La parte debole faceva affidamento sul comportamento di quella che esercitava su di essa un potere di disposizione, assicurandosi che il rapporto non diventasse eccessivamente oneroso¹. Questa considerazione consente di mettere in luce come questo principio sia sorto per disciplinare rapporti diseguali, quali quelli - tipicamente - di diritto pubblico, e che

¹ Così F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p.14.

successivamente si sia trasferito nell'ambito di rapporti paritari, confutando quanto molti ritenevano in relazione alla non applicabilità di tale principio ai rapporti di diritto amministrativo². I romanisti intendevano la buona fede in due particolari accezioni. In primo luogo, *buona fede oggettiva* o correttezza, ossia regola di comportamento da applicare nel rapporto tra le parti e che opera in funzione integrativa del negozio giuridico.

E, in secondo luogo, *buona fede soggettiva*, come stato psicologico, come convinzione di non ledere l'altrui diritto, di non commettere torto, convinzione molto spesso dovuta ad errore o ignoranza³. Alla nozione di buona fede oggettiva, come criterio regolatore ed equilibratore del rapporto giuridico, si sono conformate numerose norme del codice civile, che ne fanno menzione⁴. Secondo autorevole dottrina⁵, la buona fede è riconducibile al principio di solidarietà che trova riconoscimento nella Costituzione all'art. 2, nella parte in cui si stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Questa teoria viene avallata dal fatto che le norme codicistiche sono state emanate nel periodo corporativo, che ha fatto del principio di solidarietà uno dei suoi capisaldi. La buona fede come principio normativo di correttezza comportamentale si ritiene applicabile non solo ai rapporti di natura contrattuale, bensì ad ogni relazione giuridicamente rilevante che necessita di tale clausola generale, fatta eccezione in materia penale, dove in casi che concernono le libertà civili si ritengono preferibili formule giuridiche meno elastiche⁶.

² Ivi, p. 15; tra coloro che sostenevano la non applicabilità del principio di buona fede al diritto amministrativo si ricorda E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin, 1935, in *Arch. giur. dir. pubbl.*, 1936, pp. 556 ss. Egli affermava come fosse «inutile ed anzi erroneo parlare di un principio della buona fede nel diritto amministrativo» e come la buona fede nel diritto amministrativo fosse un inutile doppione del concetto di interesse pubblico. Inoltre, anche motivazioni di natura ideologica erano alla base di questo orientamento, come dimostra il fatto che Schmitt riteneva l'applicazione delle clausole generali, fra cui la buona fede, un incentivo all'ascesa del nazionalsocialismo. Si veda F. MANGANARO, *op. cit.*, pp. 39 ss.

³ G. GROSSO, voce *Buona fede (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 663.

⁴ A titolo esemplificativo si ricorda l'art. 1175 c.c., rubricato «comportamento secondo correttezza», che fa riferimento alla correttezza nel rapporto tra debitore e creditore; l'art. 1337 c.c., rubricato «Trattative e responsabilità precontrattuale», che menziona la buona fede come criterio di comportamento nelle trattative precontrattuali; l'art. 1375 c.c., rubricato «Esecuzione di buona fede», che richiede la buona fede nell'esecuzione del contratto.

⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p.174.

⁶ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 89.

Lo Stato che si ritiene “padre” del concetto di affidamento del privato è la Germania. Sin dai primi anni del Novecento sia la dottrina che la giurisprudenza tedesche hanno riscontrato la necessità di parlare di affidamento del cittadino, non solo nei confronti dei privati, ma soprattutto nei confronti di soggetti pubblici, quale estrinsecazione del *Rechtssicherheit*, ossia del principio di certezza del diritto⁷. La situazione storica, segnata da un rapporto tra Stato e cittadino di totale subordinazione del secondo nei confronti del primo, favorì gli studi sulla necessità di garantire una tutela delle aspettative maturate nei confronti di un organo statale⁸. La Corte Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca⁹, valutando la posizione del privato che avesse legittimamente confidato nel perdurare di una condizione per lui vantaggiosa e sostenendone la meritevolezza della tutela, lo ha definito come un principio fondamentale dello Stato di diritto¹⁰.

In una sua pronuncia¹¹ il Tribunale costituzionale federale ha elaborato la seguente concatenazione: “Stato di diritto – certezza del diritto – affidabilità dell’ordinamento giuridico – prevedibilità degli interventi statali – tutela della fiducia nella continuità del diritto”. Sarebbe perciò contrario al principio dello Stato di diritto, e di sicurezza dei rapporti giuridici, la possibilità per l’amministrazione di ritirare i propri atti in modo imprevedibile ed incondizionato, violando di conseguenza la fiducia del cittadino circa l’immutabilità della situazione giuridica consolidatasi in virtù del provvedimento.

Come estrinsecazione del principio dello Stato di diritto, il principio del legittimo affidamento è stato ritenuto dalla stessa Corte dotato di una propria autonomia rispetto a quello della certezza del diritto dal quale è nato, assumendo una rilevanza giuridica quale corollario del principio di legalità¹². Nonostante ciò, è stato messo in luce come l’affidamento consista in un principio equilibratore, che completa il principio di legalità, ma che allo stesso tempo ne funge da elemento di contrasto, ossia come correttivo

⁷ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 21-22.

⁸ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 40.

⁹ [Bundesverfassungsgericht, da ora in poi menzionata con la sigla BVerfG.](#)

¹⁰ BVerfGE, 3, 237 (sent. n. 15 del 18 dicembre 1953); BVerfGE, 7, 89 ss. (sent. n. 14 del 24 luglio 1957); BVerfGE, 15, 319 (sent. n. 30 del 14 marzo 1963); BVerfGE, 25, 167 ss. (sent. n. 20 del 29 gennaio 1969); BVerfGE, 27, 297 ss. (sent. n. 28 del 16 dicembre 1969); BVerfGE, 60, 267 (sent. n. 20 del 20 aprile 1982); BVerfGE, 86, 268 II, 327 (sent. n. 15 del 3 giugno 1992).

¹¹ BVerfGE 45, 142 (167), 8 giugno 1977.

¹² C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, Trento, 2008, p. 19.

all'attuazione incondizionata del diritto positivo¹³. Da questo punto di vista l'affidamento si configura come «certezza in senso soggettivo e criterio di giustizia individuale, fondato sulla stabilità delle situazioni giuridiche e sulla fiducia nutrita dal cittadino in un assetto degli interessi ormai consolidato»¹⁴.

La giurisprudenza tedesca ha utilizzato il principio del legittimo affidamento del cittadino su un determinato assetto normativo per giustificare l'irretroattività delle leggi, distinguendo fra irretroattività propria e impropria¹⁵.

Questa impostazione viene utilizzata dalla Corte in relazione alle leggi tributarie¹⁶, per le quali si afferma l'esistenza di un affidamento tutelabile nei confronti di leggi retroattive. Trattandosi di leggi che incidono sul patrimonio del destinatario, quest'ultimo orienta il proprio comportamento sulla base della normativa vigente e viene leso nel proprio affidamento ogniqualvolta la propria situazione di vantaggio, consolidatasi in virtù dell'esaurimento della fattispecie, viene incisa dal provvedimento sopravvenuto. In relazione a leggi non retroattive, invece, rimane più complesso stabilire quando l'affidamento del cittadino riposto sulla situazione giuridica non esauritasi sia oggettivamente tutelabile.

Il principio del legittimo affidamento ha interessato in Germania anche il diritto amministrativo, soprattutto in materia di annullamento d'ufficio e di revoca di provvedimenti della pubblica amministrazione. L'interesse dei giudici tedeschi alla tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'annullamento di un provvedimento a lui favorevole ha preceduto di circa un ventennio la sua consacrazione legislativa avvenuta con la legge sul procedimento amministrativo del 1976¹⁷. Il *BVerfG*, intorno agli anni '50, ha segnato una svolta per la tutela del cittadino, prevedendo per l'amministrazione dei limiti all'annullabilità di provvedimenti

¹³ C. FRAENKEL-HAEBERLE, *op. cit.*, pp. 19-20.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Nel primo caso è stato sancito il divieto per il legislatore di introdurre modifiche che comportino effetti svantaggiosi per l'affidamento del cittadino in relazione a situazioni giuridiche completamente esaurite. Nel secondo caso, la legge, pur non essendo retroattiva, incide su una situazione giuridica non esaurita modificandone gli effetti e per tale motivo si richiede al legislatore una ponderazione di interessi, quello pubblico alla modifica dell'assetto normativo esistente e quello del cittadino al mantenimento della situazione giuridica nei confronti della quale ha riposto il proprio affidamento. Per ulteriori approfondimenti, cfr. M. BACCI, *L'evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea e degli Stati membri*, in <http://www.masterdirittoprivatoeuropeo.it/wp-content/uploads/2015/06/MASSIMO-BACCI.pdf>, (consultato il 09-05-2019), p. 2.

¹⁶ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 22.

¹⁷ C. FRAENKEL-HAEBERLE, *op. cit.*, p.24.

favorevoli per il destinatario, in precedenza ammessa incondizionatamente¹⁸. Non era possibile rimuovere l'atto quando su di esso si era formato un affidamento del cittadino, questo affidamento doveva essere meritevole di tutela e prevalente rispetto all'interesse pubblico.

Il legislatore tedesco del '76 ha ammesso la prevalenza dell'affidamento quando il provvedimento oggetto di riesame dalla p.a. abbia carattere patrimoniale, prevedendo la possibilità di un equo ristoro negli altri casi. Tuttavia, la tutela dell'affidamento non può essere riconosciuta senza limiti, ma il beneficiario del provvedimento deve dimostrare di aver agito in buona fede e che sulla base del provvedimento abbia sostenuto una spesa che comporterebbe per lui una decurtazione patrimoniale in caso di ritiro dell'atto¹⁹.

All'ordinamento tedesco si deve, dunque, l'aver riconosciuto l'appartenenza del principio del legittimo affidamento anche al diritto pubblico, non confinandolo ai rapporti *iure privatorum* come canone di correttezza e fonte di integrazione del contratto. I tedeschi, per primi in Europa, hanno compreso come il rapporto tra cittadino e amministrazione non possa più muoversi in una dimensione esclusivamente autoritaria ma che, ispirato dal principio di certezza del diritto, debba assicurare la tutela della parte privata contro comportamenti irragionevoli della p.a.

Dall'esperienza tedesca ha preso spunto la Corte di giustizia dell'Unione europea per l'elaborazione del principio del legittimo affidamento. Attraverso un delicato processo di selezione la Corte ha dovuto far fronte ad alcune problematiche, in particolare legate al fatto che la tutela dell'affidamento riguardava anche rapporti inter-pubblicistici e non in tutti gli ordinamenti nazionali era ammessa una tutela delle aspettative del cittadino nei confronti del potere pubblico²⁰. Il processo di integrazione in Europa si è svolto principalmente su due piani: sul piano orizzontale, attraverso la circolazione dei singoli modelli nazionali; su quello verticale, mediante l'impatto dell'ordinamento comunitario su quello dei singoli Stati membri²¹. Il modo con cui il

¹⁸ Questo orientamento giurisprudenziale è sorto con la sentenza del Tribunale superiore di Berlino (OVG), 14 novembre 1956 (VIII B 12/56, in *DÖV*, 1957, pag. 753; in *DVBl*, 1957, pag.503), confermata dal Tribunale amministrativo federale (*BVerfGE* 9, 251, 28 ottobre 1959).

¹⁹ A. LUPO, *Studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 213.

²⁰ L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 155.

²¹ G. SCIULLO, *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, 2007, 3, p. 2.

principio è stato trattato nei singoli ordinamenti nazionali ha quindi inevitabilmente influenzato il diritto comunitario che, tramite un processo di omologazione, ha bilanciato tale principio con altri già espressi all'interno del diritto dell'UE, come quello di effettività e non discriminazione²².

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha fornito un notevole contributo per l'affermarsi del principio in ambito comunitario. Anche se non viene menzionato testualmente, non si può non citare la sentenza *Algera* del 12 luglio 1957, con la quale la Corte di giustizia stabilì che «il fatto stesso che un atto amministrativo sia stato emanato crea una presunzione di validità la quale può venir meno in seguito ad annullamento o a revoca, nei limiti in cui l'uno e l'altra siano consentiti» e che «un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal caso l'atto in parola fa sorgere un diritto soggettivo, la necessità di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola»²³. Altra storica sentenza è la *Topfer*²⁴, nella quale viene affermato che il principio del legittimo affidamento «fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario». Qualche anno più tardi venne emanata la sentenza *Dürbeck*²⁵, dove si statuì che «il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali della Comunità». Da questo “fiume” di pronunce si ricava un esplicito riferimento all'origine tedesca dell'istituto nella sentenza *Duff*²⁶, nella quale si menziona il principio di certezza del diritto come corollario del legittimo affidamento, ma allo stesso contrapposto a quest'ultimo in un rapporto di *staticità-dinamicità*. «Il principio della certezza del diritto richiede chiarezza e precisione delle norme giuridiche e delle singole discipline che vengono a formare, *in un determinato momento*, il quadro giuridico nel quale gli organi esercitano le loro competenze e i singoli svolgono la loro attività, mentre il principio del legittimo affidamento impone al legislatore comunitario e agli altri organi comunitari (o agli organi nazionali che operano per metter in atto il diritto comunitario) di esercitare, *nel corso del tempo*, le loro competenze in maniera tale da non ledere, in modo che non possa essere previsto da una persona diligente, situazioni e

²² C. FREANKEL-HAEBERLE, *op. cit.*, p. 126-127.

²³ Corte di giustizia, 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57, par. 5 e par. 3.

²⁴ Corte di giustizia, 3 maggio 1978, causa C-112/77.

²⁵ Corte di giustizia, 5 maggio 1981, causa C-112/80.

²⁶ Corte di giustizia, 15 febbraio 1996, causa C-63/93.

rapporti giuridici venuti in essere in virtù della normativa comunitaria»²⁷. Quale principio generale dell'ordinamento comunitario, il legittimo affidamento è riconosciuto e tutelato non solo in riferimento ad atti amministrativi ma anche a quelli di carattere legislativo, attraverso i quali le istituzioni comunitarie abbiano fatto sorgere, nei confronti dei destinatari, delle aspettative fondate²⁸.

I giudici della Corte, d'altro canto, si sono trovati in alcune pronunce a dover limitare il campo d'azione del principio. Ad esempio, facendo riferimento alla buona fede soggettiva del destinatario del provvedimento che, utilizzando l'ordinaria diligenza deve poter prevedere una sopravvenuta modifica *in peius* della normativa vigente²⁹.

Un caso emblematico si rinviene in materia di aiuti di Stato, dove la sussistenza di un affidamento tutelabile è stata esclusa dai giudici del Lussemburgo, allorché l'operatore economico non abbia tenuto una condotta diligente e avveduta tale da permettergli di riconoscere l'irregolarità della procedura avviata dallo Stato membro o da prevedere l'evoluzione del mercato comune e di conseguenza la possibilità di un legittimo esercizio del potere di autotutela esercitato sulla base di una nuova valutazione degli interessi³⁰. I principi di certezza del diritto e di legalità, ai quali la comunità si ispira, consentono una rivalutazione dell'interesse sottostante al provvedimento originario che non costituiva un aiuto di Stato e travolgere, di conseguenza, l'affidamento del privato, considerato in tal caso non tutelabile. Da queste premesse emerge come la Corte di giustizia abbia adottato nel corso degli anni pronunce variegata in materia di affidamento, in un alternarsi tra rigidità ed elasticità, a conferma del carattere flessibile della tutela. D'altronde per affermare la legittimità, e di conseguenza la protezione, dell'affidamento è necessaria una ponderazione fra più interessi³¹ da svolgersi caso per caso.

Per quanto riguarda il quadro costituzionale italiano, l'opera svolta dalla nostra Corte Costituzionale assume una notevole rilevanza in virtù del fatto che il legittimo affidamento è un principio non scritto in Costituzione, bensì frutto dell'elaborazione

²⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Georgios Cosmos - causa C-63/93, 8 giugno 1993, par. 25 (corsivo presente testualmente nell'originale dello scritto in questione).

²⁸ Corte di giustizia 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e 217/03.

²⁹ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA E F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 167.

³⁰ Corte di giustizia, 22 giugno 2006, cause riunite C-182 e 217/03.

³¹ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 49.

della giurisprudenza costituzionale italiana. A differenza dell'ordinamento comunitario, nel quale il legittimo affidamento si è rapidamente sviluppato nel senso di tutelare i cittadini nei confronti delle Istituzioni, in Italia la Corte ha faticato a riconoscere una tutela del privato nei confronti delle istituzioni pubbliche. I motivi principali erano dovuti al fatto che il legittimo affidamento difficilmente veniva visto come vincolo per il potere legislativo; inoltre, non godeva di un'autonoma rilevanza come principio costituzionale, ma veniva preso in considerazione dai giudici costituzionali solo indirettamente, mediante rinvio ad altre norme costituzionali³².

La svolta vera e propria si ebbe a metà degli anni '80, quando la Corte Costituzionale cambiò d'impostazione nell'affrontare la problematica in questione.

Con la prima storica sentenza del 1985³³, la Corte ha preso in esame la questione dei trattamenti pensionistici in relazione alla successione delle leggi nel tempo, riconoscendo come «l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica» sia «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto». Il legislatore, secondo i giudici, non è privato del potere di incidere sui rapporti di durata modificandoli *in peius*, ma i suoi provvedimenti «non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti».

In una successiva pronuncia³⁴ viene compiuto un ulteriore passo in avanti. Il legittimo affidamento è equiparato dalla Corte ad altri principi dalla stessa individuati e funge da limite alle leggi di interpretazione autentica, in relazione alla loro portata retrospettiva e retroattiva, a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento. Nel 1995³⁵ la Corte eleva l'affidamento a «valore costituzionalmente protetto», confermando tale assunto nella sentenza n. 416 del 1999³⁶. Quest'ultima segna la svolta decisiva nella tutela dell'affidamento legittimo in ambito costituzionale, in quanto si assiste ad una vera e propria “emancipazione” dello stesso. Nelle sentenze precedentemente menzionate l'incostituzionalità della legge per violazione del legittimo affidamento del cittadino era stata prospettata allegando la violazione dell'art. 3 Cost., in combinato disposto con un'altra norma costituzionale che si riteneva violata nel caso

³² L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 222.

³³ Corte Cost., 5 novembre 1985, n. 349, in www.giurcost.org.

³⁴ Corte Cost., 23 novembre 1994, n. 397, in www.giurcost.org.

³⁵ Corte Cost., 26 luglio 1995, n. 390, in www.giurcost.org.

³⁶ Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 3625 ss.

di specie³⁷. Nella sentenza del 1999, per la prima volta, i giudici hanno fondato la loro pronuncia sulla violazione del legittimo affidamento del cittadino come unico parametro costituzionale, ancorandolo al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

La Corte Costituzionale non ha ancora raggiunto, però, un orientamento consolidato per quanto riguarda l'individuazione del fondamento del principio. Anche in dottrina sono varie le ricostruzioni prospettate. Bisogna menzionare l'opera svolta da autorevole dottrina che ne ha prospettato l'esistenza quale principio costituzionale autonomo³⁸. Altri invece ritiene che il legittimo affidamento debba ricondursi al dovere di solidarietà dell'art. 2 Cost.³⁹ come espressione del principio del *neminem laedere*.

Ultimamente, invece si è visto che la stessa giurisprudenza costituzionale ha individuato nel criterio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. l'unico possibile riferimento.

Come anzidetto, nonostante gli sforzi profusi, la Corte non è ancora giunta ad un risultato univoco e per tale motivo risulta interessante, ma non del tutto condivisibile, l'apporto fornito da altra autorevole dottrina⁴⁰, che suggerisce di evitare inutili sforzi nell'individuare un unico parametro costituzionale di riferimento, in quanto sarebbe preferibile ancorare il legittimo affidamento alle singole previsioni costituzionali⁴¹ che, di volta in volta, offrono tutela al diritto sostanziale interessato dal provvedimento. Questo ragionamento porterebbe, d'altro canto, a un ritorno al *combinato disposto*, che la sentenza del 1999 aveva brillantemente superato, ecco perché un tale ragionamento non può ritenersi soddisfacente rischiando di avere, in sostanza «l'effetto di una attenuazione della natura di principio di carattere generale della tutela del legittimo affidamento, derivante dalla sua obbligatoria immanenza alla (o desunzione dalla) configurazione positiva dei diritti tutelati». Tutto ciò garantirebbe la tutela del cittadino solo in settori “costituzionalizzati”, facendo dipendere la tutela dal carattere

³⁷ P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa*, in *Giur. cost.*, 2011, fasc. 1, p. 25.

³⁸ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 48.

³⁹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p.174, cfr., inoltre, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 24 ss.

⁴⁰ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della nozione di retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (prima parte)*, in *Giur. it.*, 2007, III, pp. 1838 ss.

⁴¹ Luciani riscontra tracce del legittimo affidamento nella sovranità popolare, come potere di autodeterminazione del singolo (art. 1), nell'inviolabilità dei diritti (art. 2), nel principio di uguaglianza (art.3), nella tutela della capacità giuridica, cittadinanza e nome (art. 22), nella esigenza della precostituzione del giudice (art. 25, comma 1), nel principio di legalità e prevedibilità delle pene (art. 25, comma 2), nella tutela previdenziale (art. 38), ecc.

costituzionale non del principio di legittimo affidamento ma della situazione giuridica soggettiva fatta valere di volta in volta⁴².

Nel diritto amministrativo italiano il principio del legittimo affidamento è emerso grazie all'opera della dottrina e della giurisprudenza amministrativa. Già negli anni Cinquanta la giurisprudenza faceva implicitamente riferimento a tale principio, senza però coglierne tutte le possibili implicazioni, in quanto non era assunto a principio generale. Di conseguenza, le sue applicazioni pratiche erano sporadiche e non omogenee⁴³.

Posizioni dottrinali meno recenti sostenevano l'incompatibilità tra interesse pubblico e buona fede⁴⁴. I motivi a sostegno dell'inconciliabilità tra la buona fede e il perseguimento dell'interesse pubblico erano i seguenti: il principio era ritenuto incompatibile con il perseguimento di interessi super-individuali; la sua trasposizione nel diritto pubblico era reputata inutile, poiché i principi di correttezza e imparzialità dell'amministrazione erano di per sé sufficienti; la buona fede riguardava esclusivamente rapporti di natura paritetica; l'applicazione del principio richiedeva un'indagine sullo stato soggettivo che non può essere svolta nei confronti di un soggetto pubblico quale la pubblica amministrazione⁴⁵.

Intorno agli anni Settanta si assiste alla progressiva emersione del principio, in virtù dell'abbandono della concezione autoritaria della pubblica amministrazione e dell'incompatibilità tra buona fede e interesse pubblico⁴⁶. Merita particolare attenzione l'opera svolta da Merusi⁴⁷, che ha segnalato la rilevanza del legittimo affidamento nei rapporti con l'amministrazione, soprattutto in relazione all'esercizio del potere

⁴² 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, fasc. 4, p. 3671.

⁴³ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 2.

⁴⁴ Guicciardi, ad esempio, escludeva che la clausola generale della buona fede potesse applicarsi ai rapporti di diritto amministrativo. La sua volontà era quella di limitare la penetrazione delle clausole generali, così come elaborate dalla dottrina tedesca, in qualsiasi questione controversa. E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin, 1935, in *Arch. giur. dir. pubbl.*, 1936, pp. 556 ss.; R. LUCIFREDI, *Alcune questioni in tema di attività consultiva e di contratti comunali*, in *Foro it.*, 1937, I, pp. 265 ss. Cfr., inoltre, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁵ F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 138.

⁴⁶ M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 16.

⁴⁷ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970; cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit.

amministrativo. L'affidamento è stato riconosciuto dallo stesso come «una situazione giuridica soggettiva preliminare e autonoma rispetto al principio di buona fede» e che «la sua tutela è assicurata dall'esistenza di tale principio». Soprattutto in relazione all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dell'amministrazione, si è dimostrato come il legittimo affidamento del privato, in seguito al rilascio di un provvedimento a lui favorevole, si ponga da limite all'annullamento sulla base della clausola generale di buona fede che impone alle parti del rapporto l'obbligo di correttezza e l'obbligo tendenziale di non venire *contra factum proprium*. È l'obbligo di correttezza che impone all'amministrazione di tenere in considerazione l'affidamento del privato in fase di ponderazione degli interessi⁴⁸. Questa impostazione è stata la base per il definitivo riconoscimento, da parte anche della dottrina successiva⁴⁹, che il principio in questione trascende una dimensione esclusivamente privatistica per ricevere un pieno riconoscimento della sua tutela pubblicistica. Il risultato di tanti anni di riflessioni è la definitiva consacrazione della tutela del legittimo affidamento nei rapporti tra cittadino e pubblici poteri, una conquista per l'ordinamento giuridico che, secondo autorevole dottrina⁵⁰, appare irreversibile.

Per completare l'*excursus* storico-giuridico circa l'emersione del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento giuridico italiano risulta inevitabile soffermarsi sulla legge sul procedimento amministrativo, 7 agosto 1990, n. 241. L'articolo 1, rubricato "Principi generali dell'attività amministrativa", recita: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». La disposizione, come originariamente concepita dal legislatore del '90, non menzionava il principio di trasparenza e, soprattutto il riferimento ai principi dell'ordinamento comunitario. La

⁴⁸ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p. 104.

⁴⁹ A. GIGLI, *op. cit.*; F. MANGANARO, *op. cit.*; M. GIGANTE, *op. cit.*; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁵⁰ A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 13.

necessità di una convergenza fra diritto amministrativo nazionale e comunitario è stata avvertita come necessaria in virtù del periodo storico in cui è intervenuta la riforma⁵¹.

Nel 2003, infatti, la Costituzione Europea⁵², prevedeva all'art. II – 101 il diritto ad una buona amministrazione nei confronti di Istituzioni, organi e organismi dell'Unione, con i relativi corollari, quali, ad esempio, i principi di imparzialità ed equità, il diritto di difesa, il diritto al risarcimento dei danni cagionati dalle Istituzioni o dagli agenti nell'esercizio delle loro funzioni. Si sono così poste le basi per la nuova formulazione dell'articolo 1, legge 241/1990, il cui iter ha inizio con il d.d.l. Cerulli Irelli⁵³, successivamente decaduto a causa del termine della legislatura. Nella XIV legislatura il disegno di legge S.1281 del 2002 viene approvato dal Senato della Repubblica il 10 aprile del 2003. Questo testo è il primo dei quattro che compongono i lavori parlamentari alla redazione della legge n. 15 del 2005 recante “Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa”. Il progetto di riforma presentava una modifica del primo articolo della legge n. 241 volta ad introdurre fra i principi reggenti l'attività amministrativa numerosi principi, fra cui quello del legittimo affidamento. Il testo finale approvato dalla Camera non menziona, però, tale principio, in quanto si ritenne preferibile un generico riferimento ai principi dell'ordinamento comunitario per ragioni di sinteticità. Bisogna sottolineare che, già varie disposizioni di legge menzionavano la sottoposizione dell'azione amministrativa nazionale ai principi comunitari⁵⁴, ma il rinvio effettuato era limitato ai singoli principi di volta in volta menzionati e allo specifico settore di riferimento. Il nuovo articolo 1 e il suo rinvio all'ordinamento sovranazionale assumono, sotto questo punto di vista, una rilevanza fondamentale perché costituiscono un intervento non settoriale ma una vera e propria “europeizzazione” di tutta la materia amministrativa⁵⁵.

⁵¹ F. SPAGNUOLO, *Il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario nella nuova legge sull'azione amministrativa*, in A. MASSERA (a cura di), *La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, in www.astride-online.it.

⁵² *recte*: il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, successivamente abbandonato nel 2007 e perlopiù confluito poi nel Trattato di Lisbona del 2009.

⁵³ numero 6844, approvato dalla Camera nel 2000.

⁵⁴ Ad esempio: art. 1, ult. comma, l. 287/1990; art. 20, comma 8, l. 59/97, art. 192, comma 2, d.P.R. 267/2000 come sostituito dall'art. 1, l. 229/2003.

⁵⁵ A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 2005, fasc. 4, p. 729.

Senza ombra di dubbio, si può affermare che il legittimo affidamento, in quanto principio dell'ordinamento giuridico comunitario⁵⁶, sia oggi un caposaldo dell'azione amministrativa.

2. La natura giuridica del legittimo affidamento: tra possibili ricostruzioni e nuove soluzioni.

Riconosciuta la vigenza, nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, del principio del legittimo affidamento, necessita un'attenta analisi il problema della sua qualificazione in termini di posizione soggettiva.

Il legittimo affidamento si inserisce nel rapporto amministrativo in virtù del suo carattere "relazionale", che lo differenzia dalla mera apparenza⁵⁷. Quest'ultima, come l'affidamento, si basa sullo stato di fiducia circa l'esistenza di una determinata situazione giuridica ma rileva di per sé, non essendo necessario il comportamento di un altro soggetto. Non si parla di parte o controparte del rapporto, in quanto ogni soggetto diverso dal suo titolare assume la qualifica di terzo⁵⁸. L'affidamento, invece, presuppone sempre l'agire di un altro soggetto dell'ordinamento che ha fatto sorgere nella controparte l'ingannevole percezione di una determinata situazione di fatto o di diritto⁵⁹. In dottrina e in giurisprudenza non esiste una posizione unitaria, poiché varie ne sono state le ricostruzioni e le argomentazioni avanzate che vengono, di seguito, analizzate.

2.1. Diritto soggettivo.

Nel rapporto amministrativo è il soggetto pubblico che determina, attraverso il suo comportamento, la formazione di un affidamento nel privato. Che questo affidamento assuma le caratteristiche di un diritto soggettivo è quanto hanno sostenuto le Sezioni

⁵⁶ Corte di giustizia, 3 maggio 1978, causa C-112/77.

⁵⁷ V. PIETROBON, voce *Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 4. L'apparenza giuridica viene definita come un principio che concerne lo stato di fiducia sulla titolarità del diritto, che forma il presupposto di efficacia di un negozio o di un atto giuridico. Per un'analisi più approfondita sul concetto di apparenza si veda A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 682 ss.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 661.

unite della Cassazione nel 2011⁶⁰, in riferimento all'annullamento di un provvedimento favorevole illegittimo da parte della p.a. o del giudice. Secondo la Suprema Corte, il semplice fatto del venir meno del provvedimento fa emergere l'attività dell'amministrazione come un «mero comportamento», lesivo del principio del *neminem laedere*. In questo caso, il privato è titolare di un diritto soggettivo: il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa⁶¹. La suddetta impostazione viene avallata da una successiva pronuncia delle Sezioni unite del 2015⁶², nella quale viene confermata, e ulteriormente argomentata, la presa di posizione assunta nel 2011. Il caso di specie riguardava l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento favorevole, in cui la Corte si è espressa circa l'inquadramento della situazione soggettiva di affidamento ai fini dell'individuazione del giudice competente. Si è ritenuta non sussistente una posizione di interesse legittimo, poiché il danno subito dal privato per la lesione del suo affidamento non è riconducibile all'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione.

Il suo interesse legittimo pretensivo è, infatti, interamente soddisfatto in seguito all'emanazione del provvedimento favorevole, seppur frutto di un agire illegittimo della p.a. Nessun danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.* può essere invocato, finché il provvedimento non viene annullato, in via di autotutela o giurisdizionalmente, poiché l'interesse legittimo non si configura come una pretesa a che l'amministrazione provveda legittimamente bensì che provveda legittimamente in vista di un provvedimento positivo. Intervenuto l'annullamento, secondo le Sezioni unite, ciò che il privato fa valere è «la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio»⁶³.

A sostegno della natura di diritto soggettivo dell'affidamento si è espressa una parte della dottrina, che ha segnalato come «la posizione dedotta in giudizio, in relazione alla cui violazione è chiesto il risarcimento, è di diritto soggettivo al legittimo affidamento o, meglio, di diritto alla libera determinazione nello svolgimento delle

⁶⁰ Cass. Sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594, 6595, 6596, in *Foro it.*, pp. 2387 ss.

⁶¹ M. MAZZAMUTO, *La cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, fasc. 2, p. 899.

⁶² Cass. Sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 547 ss., con nota di C. E. GALLO.

⁶³ *Ivi*, p. 556.

attività negoziali o materiali, relative al patrimonio. In sostanza la posizione giuridica di cui è dedotta la violazione è il diritto soggettivo all'integrità del patrimonio»⁶⁴. Una posizione intermedia è stata sostenuta da chi ritiene, invece, che nel caso di specie ci si trovi di fronte ad un diritto all'integrità patrimoniale ma collegato all'esercizio del potere da parte dell'autorità amministrativa⁶⁵.

2.2. Interesse legittimo.

La tesi per cui si sostiene che l'affidamento inerisca ad una posizione di interesse legittimo è stata avallata da numerosi contributi dottrinali⁶⁶, che hanno dimostrato come nel caso di lesione dell'affidamento, dovuto all'annullamento di un provvedimento favorevole illegittimo, sia sempre riscontrabile l'esercizio di un potere amministrativo, per cui la posizione soggettiva lesa non può che essere di interesse legittimo. Secondo un orientamento dottrinale⁶⁷, ciò che viene leso dal comportamento dell'amministrazione che rilascia un provvedimento favorevole, e legittimamente lo annulla in un momento successivo, è «l'interesse legittimo ad un comportamento coerente» della p.a. Nel caso di specie la lesione della situazione giuridica soggettiva è riferibile, in via diretta o mediata, all'illegittimo dispiegarsi della funzione pubblica dal momento che il privato ha interesse ad un assetto di interessi a lui favorevole e stabile, il

⁶⁴ R. CAPONIGRO, *Questioni attuali di un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, 5. ; in termini analoghi si sono espressi inoltre, C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Responsabilità civ. e prev.*, 2011, pp. 1749 ss.; A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Il Corriere giuridico*, 2011, 7, pp. 940 ss.; A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 1218 ss., in particolare sostenendo che «nei casi in cui, essendo il privato titolare di un diritto soggettivo leso da un provvedimento della pubblica amministrazione già annullato (dal giudice amministrativo o dalla stessa pubblica amministrazione), il rapporto giuridico controverso nel giudizio è caratterizzato da una posizione di parità dei soggetti, secondo lo schema «diritti-doveri»».

⁶⁵ R. DIPACE, *Le incertezze delle liberalizzazioni e il problema del risarcimento del danno da violazione del legittimo affidamento*, in www.diritto-amministrativo.org, 9 maggio 2014, p.11. Viene affermato che «nella fattispecie relativa al danno da provvedimento favorevole, dove si richiede la tutela per la violazione del principio del legittimo affidamento viene in rilievo un diritto soggettivo all'integrità del patrimonio e un comportamento della pubblica amministrazione collegato all'esercizio del potere».

⁶⁶ M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in www.federalismi.it, 6 aprile 2011, n. 7; M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, ha sostenuto come l'affidamento possa essere ricondotto ad un interesse legittimo alla legittimità dell'azione amministrativa.

⁶⁷ R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, p. 919.

quale può conseguire solo in seguito ad *agere* legittimo del soggetto pubblico⁶⁸. Sulla base di tale assunto viene esclusa la possibilità che si formi, nel caso concreto, una posizione di diritto soggettivo.

Merita, inoltre, di essere segnalata altra autorevole dottrina che, confutando quanto sostenuto dalle Sezioni unite nel 2011, ha ritenuto nel caso di specie non necessario il riferimento alla posizione di affidamento del privato. Si è sostenuto, infatti, che se è corretto ritenere sussistente un danno derivante dalla fiducia riposta dal privato nella legittimità dell'atto, ciò non è sufficiente per concludere che la posizione tutelata sia quella di affidamento, infatti «l'utilità della figura dell'affidamento non deve andare a detrimento della possibilità di identificare una ordinaria situazione soggettiva di interesse legittimo»⁶⁹. Da questa lettura si ricava implicitamente una distinzione tra posizione di affidamento e di interesse legittimo.

2.3. *Tertium genus.*

Particolarmente suggestiva è la prospettazione della figura dell'affidamento quale *tertium genus*, rispetto alle altre due posizioni soggettive note al diritto amministrativo. L'idea che l'affidamento non possa essere assimilato all'interesse legittimo viene giustificata dal fatto che, nonostante si tratti di una posizione qualificata e differenziata, presenti la peculiare caratteristica di «consistere in una pretesa all'acquisizione di una posizione di vantaggio o al suo mantenimento, se questa possa ritenersi ormai consolidata ed è ingenerata da una precedente attività amministrativa, da un procedimento e da qualche altra rilevante forma di *contatto* tra pubblica amministrazione e privato». L'affidamento inoltre «integra un *interesse personale e positivo ben più individualizzato* rispetto all'interesse legittimo [...] *l'eventuale lesione dell'affidamento* produce nella sfera giuridica del privato *effetti negativi diretti e immediati economicamente valutabili*, quando sulla sua base siano state intraprese attività»⁷⁰.

⁶⁸ M. MAZZOLA, *Appunti in tema di responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, fasc. 5, p. 807.

⁶⁹ A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, 9, p. 2399.

⁷⁰ S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 286-287. (il corsivo è nell'originale) È stato, inoltre

In questo ordine di idee si è espressa anche una parte della giurisprudenza amministrativa. In particolare il T.A.R. Lombardia ha fatto propria, in due sue pronunce⁷¹, la convinzione che l'affidamento consista in una posizione giuridica autonoma. Nella sentenza n. 1455 il Tar ambrosiano ha messo in risalto l'interesse del cittadino ricordando come il destinatario del provvedimento favorevole debba ricevere diretta tutela oggettiva. Il Tar ritiene che l'affidamento sia meritevole di tutela anche fuori dalla mera dimensione dell'annullamento d'ufficio quale «posizione soggettiva autonoma e dotata di diretta protezione da parte dell'ordinamento». La seconda pronuncia, la numero 573, risulta impregnata della stessa linea guida ma effettua in più un *excursus* storico degno di nota: si è posto l'accento su come dagli anni Settanta sia emersa l'esigenza di tutelare l'affidamento poggiante su un precedente atto amministrativo. Da lì si è consolidato un orientamento giurisprudenziale volto a dare risalto al bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato. In questi primi interventi l'affidamento sembrava vincolato a essere circoscritto al settore dell'annullamento d'ufficio; in realtà, prosegue il T.A.R., «La tutela pubblicistica dell'affidamento [...] ben può realizzarsi anche al di fuori della valutazione che si compie in ordine all'annullamento d'ufficio, ovvero quale posizione soggettiva autonoma dotata di diretta protezione da parte dell'ordinamento». Infine lega tale concezione anche all'ordinamento dell'Unione europea mettendo in risalto il “diritto alla buona amministrazione”, canone codificato sia dalla Carta di Nizza (art. 41) che dal trattato per la Costituzione europea (art. II-101).

Lo stesso T.A.R. Lombardia, solo tre anni più tardi, si sarebbe espresso prendendo le distanze dal suo precedente orientamento⁷². Ciò che non convinceva i giudici era l'inquadramento dell'affidamento come posizione giuridica autonoma. Quest'ultimo, secondo il giudice amministrativo, non è altro che l'aspettativa di un soggetto circa il rispetto del canone di lealtà e correttezza in un rapporto giuridico e non può rilevare, quindi, autonomamente. L'affidamento funge da elemento integrativo, cioè arricchisce il contenuto delle situazioni giuridiche a cui accede. Ne deriva che, quando il soggetto il cui affidamento è stato leso vanta, nei confronti dell'altra parte del rapporto, un diritto

ritenuto non convincente equiparare l'affidamento al diritto soggettivo *quesito*, come fiducia nella sua conservazione.

⁷¹ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 11 maggio 2010, n. 1455, e 11 marzo 2010, n. 573, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷² T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 17 luglio 2013, n. 1307, in www.giustizia-amministrativa.it.

soggettivo, la lesione del suo affidamento si sostanzia nella lesione di un diritto soggettivo. Quando, però i termini del rapporto giuridico sono il potere autoritativo da una parte e l'interesse legittimo dall'altra, ne discende che la lesione dell'affidamento provocato dall'esercizio scorretto del potere determina sempre la lesione della situazione giuridica sostanziale tipica che si instaura fra il cittadino e la pubblica amministrazione quando la seconda esercita le proprie potestà pubblicistiche, vale a dire l'interesse legittimo⁷³.

2.4. Quale soluzione?

L'individuazione di quale posizione soggettiva venga lesa nel caso di annullamento di un provvedimento favorevole, ma illegittimo, si rivela di fondamentale importanza da un punto di vista non meramente teorico. Le conseguenze pratiche, in particolare quelle riguardanti l'individuazione del giudice competente, hanno, come in precedenza analizzato, impegnato dottrina e giurisprudenza in un'attività ricostruttiva dalla quale non si è ancora giunti ad una posizione condivisa.

Discutere di diritto soggettivo nel caso di specie risulta essere un'evidente forzatura che si scontra con un'obiezione non facilmente superabile. È indubbio, infatti, che la fattispecie dannosa che si viene a creare in seguito all'annullamento di un provvedimento favorevole, derivi dall'esercizio distorto del potere amministrativo.

Le definizioni fornite dalle Sezioni unite di «diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa»⁷⁴ o di diritto soggettivo alla conservazione del patrimonio⁷⁵ si rivelano, perciò, difficilmente condivisibili poiché scontano l'esistenza di un equivoco posto alla base del ragionamento dei giudici. Anche la nozione di “diritto soggettivo alla libera determinazione nello svolgimento di attività relative al patrimonio”, elaborata da una parte della dottrina⁷⁶ non sembra convincere del tutto dal momento che il privato che si rapporta con il soggetto pubblico per poter ottenere il “bene della vita” cui aspira non può non confrontarsi con il potere amministrativo. La sua attività, negoziale o materiale,

⁷³ R. DIPACE, *Le incertezze delle liberalizzazioni e il problema del risarcimento del danno da violazione del legittimo affidamento*, in www.diritto-amministrativo.org, 9 maggio 2014, pp. 14-15.

⁷⁴ Cass. civ., Sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594.

⁷⁵ Cass. Sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586.

⁷⁶ R. CAPONIGRO, *op. cit.*

necessità, di conseguenza, la “mediazione” della pubblica amministrazione, non rimanendo, pertanto, libera.

Desta alcune perplessità, inoltre, l’identificazione del legittimo affidamento come posizione giuridica autonoma. Benché l’affidamento abbia, nel corso degli anni, acquisito sempre maggior rilevanza ed autonomia e la relativa tutela da meramente sporadica o episodica si sia trasformata in una tutela effettiva, in virtù del riconoscimento di quest’ultimo quale “principio generale”⁷⁷, non è possibile ammettere l’elaborazione di un *tertium genus*. Le posizioni giuridiche soggettive note al diritto amministrativo sono esclusivamente due e il principio del legittimo affidamento, come ha avuto merito di precisare il Tar ambrosiano nel 2013⁷⁸, può operare sia nel caso in cui il privato si confronti con il potere amministrativo, sia nel caso in cui vanti, nel rapporto, una posizione di diritto soggettivo, ma non può di certo assumere la qualifica di posizione soggettiva autonoma. Del resto, anche da un punto di vista schiettamente pratico, estendere il novero delle posizioni giuridiche soggettive nel rapporto amministrativo andrebbe a complicare le cose più di quanto non lo siano diventate con l’introduzione dell’interesse legittimo.

La soluzione più convincente risulta essere quella per cui nel caso di annullamento di un provvedimento favorevole, ma illegittimo la posizione giuridica vantata dal privato sia di interesse legittimo. Si assiste, ovviamente, alla violazione del principio del legittimo affidamento, ma non per questo risulta necessario introdurre una nuova posizione soggettiva. L’amministrato, una volta ricevuto il provvedimento, ha l’esclusivo interesse a conservare la situazione di vantaggio e a mantenere stabile l’assetto di interessi così ottenuto. Appare, per tale ragione, impropria la definizione fornita dalla Cassazione che, con riferimento all’interesse legittimo, lo aveva definito come quella situazione «che ha come contenuto non la pretesa a che l’amministrazione provveda legittimamente, ma che provveda legittimamente in vista di un provvedimento positivo»⁷⁹. Ragionando in tal senso, una volta ricevuto il provvedimento favorevole il privato vedrebbe soddisfatto il proprio interesse legittimo⁸⁰, e non potrebbe, perciò,

⁷⁷ A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit., pp. 7-8.

⁷⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 17 luglio 2013, n. 1307.

⁷⁹ Cass. civ., Sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, par. 8.2.

⁸⁰ *Ibidem*, «tale lesione non può essersi verificata perché l’interesse risulta soddisfatto e perché dunque, essendo l’interesse legittimo fatto valere un interesse alla sua soddisfazione e non al provvedere su di esso in modo legittimo, l’ingiustizia cui allude l’art. 2043 manca nei riguardi del beneficiario».

lamentarsi di nulla. Una simile ricostruzione si scontra con una puntualizzazione che è necessario fare. Il privato, infatti, ha, come è lecito attendersi, interesse ad un provvedimento favorevole, ma ha altresì interesse che questo provvedimento sia legittimo. Se così non fosse egli sarebbe esposto ad eventuali contestazioni di terzi e, di conseguenza ad un annullamento giurisdizionale, così come potrebbe subire gli effetti di un annullamento in autotutela.

Sostenere che l'interesse legittimo viene soddisfatto da un provvedimento positivo indipendentemente dalla sua legittimità non si dimostra, in effetti, totalmente satisfattivo per il privato. Quest'ultimo ha interesse ad un provvedimento, di certo positivo, ma anche legittimo. Solo un provvedimento legittimo, infatti, garantirebbe al suo destinatario l'effettiva stabilità degli effetti. Per tali ragioni si potrebbe parlare, nel caso di specie, di interesse legittimo alla legittimità dell'azione amministrativa, o meglio ancora, ad un provvedimento legittimo e, perciò, definitivo e stabile.

3. Legittimità e ragionevolezza dell'affidamento: elementi e criteri di individuazione.

Nel rapporto con il soggetto pubblico, il privato può essere portatore di un affidamento, dovuto ad un determinato comportamento tenuto dalla controparte. In particolare, nel diritto amministrativo, rileva quando il destinatario di un provvedimento favorevole abbia conseguito una particolare situazione di vantaggio che si è consolidata nella sua sfera giuridica e che di conseguenza fa sorgere, in capo al titolare, l'interesse a che il provvedimento non venga successivamente annullato. Questa fiducia nella stabilità del rapporto giuridico funge da limite al successivo annullamento dell'atto da parte della p.a. Ovviamente non può essere concessa al privato una tutela incondizionata, essendo necessario che l'affidamento, per essere tutelabile, presenti determinate caratteristiche. Poiché, come ricordato precedentemente, il principio del legittimo affidamento è un principio non codificato ma frutto dell'elaborazione della giurisprudenza nazionale e comunitaria, altrettanto non codificate ne sono le caratteristiche peculiari elaborate da dottrina e giurisprudenza.

Gli elementi che devono essere oggetto di ponderazione e valutazione da parte dell'amministrazione in sede di annullamento o revoca ed, eventualmente anche dal giudice⁸¹ sono tre⁸²: oggettivo, soggettivo e cronologico. Li si analizza ora partitamente.

3.1. Elemento oggettivo.

L'elemento oggettivo richiede che il vantaggio conseguito dal privato, il quale cerca di difenderlo da un eventuale annullamento da parte dell'amministrazione, sia chiaro, certo, univoco e definitivo, non meramente possibile. Deve, quindi, sorgere da un comportamento attivo della p.a. che si sostanzia in un provvedimento efficace e non in via di formazione, non essendo sufficiente un comportamento omissivo⁸³ o meri *facta concludentia*. Tali caratteristiche rendono l'affidamento *ragionevole*⁸⁴.

L'atto o il comportamento che genera l'affidamento del privato deve essere innanzitutto favorevole, poiché in relazione a provvedimenti sfavorevoli può sorgere esclusivamente un interesse qualificato alla loro rimozione. Inoltre, il provvedimento deve essere emanato da un organo competente a provvedere e, in caso di organo a composizione collegiale, quest'ultimo deve essere regolarmente composto⁸⁵.

3.2. Elemento soggettivo.

L'elemento soggettivo si ritiene sussistente ogniqualvolta il destinatario del provvedimento favorevole difenda il vantaggio ricevuto nell'erronea convinzione che quest'ultimo gli spetti. Egli deve aver ottenuto il provvedimento in buona fede senza

⁸¹ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁸² Questa tripartizione non è accolta uniformemente dalla dottrina. Merita di essere ricordata la prospettazione fatta da M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 143 che ritiene sussistente la bipartizione tra due soli elementi, soggettivo e temporale. Una bipartizione diversa è accolta invece da V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 4, il quale sostiene che «Due sono i tratti caratteristici che ricorrono in ogni ipotesi, e cioè lo stato soggettivo e un elemento oggettivo che lo sostiene».

⁸³ Secondo l'impostazione di M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, p. 426 anche il silenzio può generare un affidamento ragionevole.; Cfr. A. GIURICKOVIC DATO, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 1, p. 327 nel quale si fa riferimento all'inerzia, menzionata in alcune pronunce della Corte di Giustizia.

⁸⁴ F. CARINGELLA, *Principio di legittimo affidamento*, in ID, *I principi del diritto amministrativo*, DIKE Giuridica Editrice, Roma, 2016, p. 74. Cfr. F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, 2, pp. 425 ss.

⁸⁵ L. ALLA, *Il legittimo affidamento nel diritto europeo e nel diritto interno*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 17-05-2012.

aver agito con dolo o con colpa⁸⁶. Deve essere perciò incolpevole, non essendo legittimo un affidamento basato su un provvedimento rilasciato, ad esempio, sulla base di false dichiarazioni del privato. Parimenti non potrà parlarsi di affidamento tutelabile se il soggetto abbia ottenuto il bene inducendo in errore il soggetto pubblico o non si sia reso conto, utilizzando l'ordinaria diligenza, che il bene non gli sarebbe spettato, o addirittura nel caso in cui fosse nella consapevolezza dell'illegittimità del provvedimento⁸⁷.

Un delicato problema sorge in relazione alla sussistenza di un affidamento legittimo su un provvedimento inficiato da nullità. Ci si chiede se, con riferimento ad un vizio talmente grave, possa essere tutelata la convinzione circa la validità del provvedimento. Per rispondere bisogna capire cosa si intende per nullità. Secondo l'originaria concezione *causalistica* qualsiasi atto privo di effetti non ha rilievo giuridicamente ed è perciò inesistente; di conseguenza si riteneva parificata la nozione di nullità con quella di inesistenza⁸⁸. Accogliendo questa impostazione, la buona fede non potrebbe mai sussistere perché, di fronte ad una patologia dell'atto così evidente, nessuno si convincerebbe della sua validità ed inoltre un atto inesistente non potrebbe far sorgere alcun effetto giuridico, nemmeno quello di affidamento.

Diversa da questa concezione *causalistica* o *effettuale* è un'altra scuola di pensiero, definita *realistica*, che ritiene non rilevante individuare se l'ordinamento riconosca la produzione di effetti, ma innanzitutto bisogna accertare che un atto sia riconosciuto come tale e, successivamente, valutare se abbia rilevanza giuridica⁸⁹. Una fattispecie, infatti, può essere rilevante per l'ordinamento indipendentemente dalla produzione di effetti; tipico caso è, appunto, la nullità. L'atto nullo, benché viziato

⁸⁶ Cons. St, sez. IV, 16 marzo 2009, n. 1550, par. 5.1., nella quale, con riferimento all'elemento psicologico del destinatario del provvedimento favorevole, viene statuito che «se per un verso è pacifico in atti che l'odierno appellante non avesse posto in essere alcuna attività penalmente illecita in sede di domanda di inclusione in graduatoria (avendo veridicamente indicato la carenza di titoli idonei all'inclusione, secondo una dichiarazione erroneamente interpretata dall'Amministrazione), d'altra parte non può escludersi il carattere *lato sensu* colposo della relativa condotta, che si era comunque concretata nella richiesta - e successivo ottenimento - di un beneficio che l'istante sapeva non spettargli (o che almeno avrebbe dovuto sapere non spettargli, in base alle disposizioni della pertinente *lex specialis*)».

⁸⁷ F. CARINGELLA, *Principio di legittimo affidamento*, cit., pp. 74-75.

⁸⁸ R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1990.; merita, inoltre, di essere ricordata la giurisprudenza amministrativa, in particolare T.A.R. Abruzzo, 10 gennaio 1984, in *I Tribunali amministrativi regionali*, pp. 1039-1041. In questa pronuncia si fa menzione della totale equiparazione fra inesistenza e nullità assoluta.

⁸⁹ V. NOTARI, *Nullità del provvedimento*, in R. TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova, 2005, p. 573.

gravemente, esiste per la realtà giuridica, perciò potrebbe attraverso la sua apparente efficacia, far sorgere un affidamento nel privato, sempre che ricorrano le tre caratteristiche che lo rendono ragionevole, legittimo e stabile⁹⁰. Quindi «l'affidamento non dipende dalla natura ma dalla misura del vizio; non dalla qualificazione ma dal peso dell'invalidità»⁹¹.

Per quanto riguarda la sussistenza dell'elemento soggettivo, la legge espressamente non dispone nulla, fatta eccezione per il comma 1-*bis* dell'art 21-*quinquies* l. 241/1990 in relazione al *quantum* dell'indennizzo in caso di revoca dell'atto che incide su rapporti negoziali. Per tale motivo la dottrina⁹² e la giurisprudenza prevalente non prendono in considerazione la buona fede soggettiva del destinatario del provvedimento favorevole. Principalmente ne viene fatta menzione per quantificare il risarcimento del danno in caso di annullamento o revoca, oppure per escludere l'applicabilità dell'art 21-*nonies* circa la valutazione dell'interesse del privato e l'obbligo di motivazione del provvedimento di secondo grado⁹³. Di tutt'altro avviso è chi sostiene che l'affidamento si configuri come una pretesa dotata di tutela diretta da parte dell'ordinamento, ossia come pretesa alla coerenza dell'agire del soggetto pubblico.

In questo senso non si può considerare l'affidamento solo da un punto di vista oggettivo ma deve essere presa in considerazione la componente soggettiva, cioè la buona fede di chi ha nutrito un'aspettativa dovuta al comportamento della controparte⁹⁴. Quest'ultima impostazione appare condivisibile, in quanto non si può prescindere dal valutare la situazione psicologica del destinatario del provvedimento⁹⁵.

⁹⁰ F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, cit., p. 431.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p. 132, ritiene, con riferimento all'apparenza, tutelabile la situazione psicologica di errore, ignoranza o errore scusabile solo in presenza di un'espressa previsione legislativa.

⁹³ M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., pp. 144-145.

⁹⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, 4, p. 853.

⁹⁵ S. INGEGNATTI, *Ordine di demolizione e abusi edilizi risalenti nel tempo: se e quando può trovare applicazione il principio del legittimo affidamento*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, fasc. 5, pp. 1190 ss. In relazione agli abusi edilizi viene dimostrato, ragionando per contrario, come lo stato soggettivo del privato sia rilevante, in quanto un affidamento tutelabile non è ammissibile poiché l'autore dell'illecito edilizio «essendo consapevole *ab origine* di stare agendo *contra legem*, confida nell'omissione di controlli o nell'inerzia dell'amministrazione per poter mantenere l'opera abusiva da lui realizzata [...] Pertanto, la natura permanente dell'illecito edilizio e la natura vincolata dei conseguenti provvedimenti repressivi non consentirebbero di configurare alcun affidamento possibile circa la conservazione del bene in capo all'autore dell'illecito edilizio, essendo del tutto irrilevante il decorso del

3.3. Elemento cronologico.

Terzo ed ultimo elemento caratterizzante l'affidamento è il fattore *temporale*, che rende l'affidamento stabile⁹⁶. L'importanza del fattore tempo è collegabile al principio di certezza del diritto, da cui l'affidamento deriva, inteso come stabilità dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive.

Il lungo trascorrere del tempo, fra il momento in cui viene rilasciato il provvedimento e quello in cui viene rimosso, assume rilevanza notevole in sede di annullamento d'ufficio, perché l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto deve scontare l'esistenza di una situazione giuridica consolidatasi da tempo⁹⁷. Già la giurisprudenza amministrativa, prima ancora che il principio del legittimo affidamento si fosse consolidato, menzionava il fattore tempo come condizione che «attenua l'interesse a reintegrare il diritto offeso»⁹⁸. Il consolidarsi della situazione di vantaggio dovuta al passare del tempo era considerato come un fattore volto a richiedere una maggiore specificazione e una più puntuale motivazione circa l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto. Non sono mancati casi in cui la giurisprudenza ha ritenuto non sussistente una posizione di affidamento tutelabile, nonostante fosse trascorso un rilevante lasso di tempo⁹⁹.

Anche la Corte di giustizia ha ritenuto fondamentale il fattore temporale ai fini dell'individuazione di un affidamento meritevole di tutela, facendo riferimento al principio di certezza del diritto¹⁰⁰. In altri casi però il trascorrere del tempo è stato

tempo sulla situazione di illecito permanente venutasi a creare e che il mero trascorrere del tempo non può certo in via di fatto legittimare».

⁹⁶ Secondo Caringella l'elemento oggettivo attribuisce all'affidamento il carattere della *ragionevolezza*, l'elemento soggettivo la *legittimità* e l'elemento cronologico la *stabilità*. Si veda F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela*, cit., pp. 426-427.

⁹⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, pp. 847-848.

⁹⁸ Cons. St., sez. V, 183/1956, in *Foro amm.*, 1956, I, 2, p.395.

⁹⁹ Ad es. Cons. St. sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1550, cit. Si riteneva sussistente un interesse pubblico *in re ipsa*. Quest'ultimo era preminente rispetto all'affidamento del privato poiché la conservazione del provvedimento avrebbe comportato notevoli esborsi per l'amministrazione.

In relazione agli abusi edilizi, e all'irrelevanza del fattore temporale per il consolidarsi di una posizione di affidamento tutelabile si veda la nota 87.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, 26 febbraio 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissione CE*, C-15/85, in www.curia.europa.eu. In relazione ad un provvedimento di revoca si invocano i principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, prendendo a riferimento il decorso di un ragionevole lasso di tempo, attraverso un rinvio alla sentenza 3 marzo 1982, *Alpha Steel/Commissione*, nella quale si stabiliva che «la revoca di un atto illegittimo è consentita entro un termine ragionevole e se la

invocato per limitare il riconoscimento di un affidamento legittimo. Ad esempio giustificando il tempo impiegato dall'amministrazione per effettuare le proprie scelte in virtù di vari fattori, come la difficoltà di pronunciarsi sul caso concreto o la mancanza di buona fede del destinatario. È stata inoltre invocata la prevedibilità della modifica *in peius* della normativa vigente, che escluderebbe un affidamento tutelabile, in relazione al comportamento di un operatore economico accorto e diligente, il quale deve poter ragionevolmente prevedere che la situazione di vantaggio momentaneamente ottenuta potrebbe venire travolta da una successiva disciplina, sulla base di fattori ordinariamente conoscibili¹⁰¹. Il fattore tempo, quindi, funge da metro di valutazione per la tutela dell'affidamento, da adoperare caso per caso secondo un canone di ragionevolezza.

Non si può dubitare che il trascorrere del tempo abbia una rilevanza fondamentale ai fini della tutela dell'affidamento del cittadino. È il dato cronologico che ci permette di capire quando l'affidamento diviene pieno e stabile, in modo tale da far sorgere, e ulteriormente incrementare, la convinzione circa la definitività del provvedimento. Ciò di cui si convince il privato, infatti, non è la legittimità o la spettanza del vantaggio ricevuto ma la definitività di tale spettanza¹⁰².

Da questa analisi possiamo trarre la conclusione che, per poter limitare l'esercizio del potere pubblico, il soggetto privato deve dimostrare di aver ricevuto un vantaggio da un atto positivo ed efficace della pubblica amministrazione, che lo abbia ottenuto in buona fede e che si sia consolidato in virtù del trascorrere di un rilevante arco temporale.

4. Il legittimo affidamento come limite alla discrezionalità amministrativa.

Una volta individuata la sussistenza degli elementi caratteristici dell'affidamento, quest'ultimo può essere tutelato dall'ordinamento e incidere sul rapporto che intercorre

Commissione ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui la ricorrente ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dell'atto».

¹⁰¹ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, p. 170 con riferimento alle sentenze della Corte di giustizia, 29 aprile 1982, in C-147/81 e 15 luglio 2004, in C-37 e 38/02, in www.curia.europa.eu.

¹⁰² F. CARINGELLA, *Principio di legittimo affidamento*, cit., pp. 77-78.

tra privato e pubblica amministrazione. Il legittimo affidamento si pone, infatti, come limite alle scelte discrezionali dell'amministrazione.

La discrezionalità amministrativa sorge, nell'ordinamento francese di metà Ottocento, attraverso l'attribuzione, da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, del *pouvoir discrétionnaire* al soggetto pubblico. Gli atti di quest'ultimo erano considerati non sindacabili dal giudice, in quanto adottati sulla base di un procedimento non disciplinato dalla legge. Si parlava a tal proposito di discrezionalità *pura*¹⁰³. La legge, in questo caso, si poneva da limite esterno all'esercizio del potere discrezionale, allo stesso modo in cui si pone nei confronti dei singoli cittadini che esercitano la loro autonomia privata. Un uso incontrastato del potere poteva, però, sfociare in arbitrarietà e consentire alla p.a. il perseguimento di fini non coerenti con la propria attività.

La successiva dottrina italiana¹⁰⁴ prese coscienza di come la legge non fosse semplicemente limite, ma anche fonte del potere amministrativo. Quest'ultimo deve infatti essere esercitato sulla base di una norma giuridica che ne individui i fini e i limiti entro cui può essere esercitato. La discrezionalità amministrativa si sostanzia nella possibilità di scegliere, fra più provvedimenti legittimi, quello che l'amministrazione ritiene maggiormente utile, sulla base del suo apprezzamento. Margine di apprezzamento concesso dalla legge in relazione a vari aspetti: l'*an*, ovvero la scelta circa l'emanazione o meno un provvedimento; il *quid*, ossia potere di determinare il contenuto del provvedimento; il *quomodo*, cioè la scelta del procedimento e delle modalità che ineriscono agli elementi accidentali e alla forma dell'atto; il *quando*, ovvero la determinazione del momento in cui adottare il provvedimento¹⁰⁵.

In relazione al margine di apprezzamento concesso all'amministrazione avremo dei provvedimenti più o meno discrezionali, più o meno vincolati.

Nell'esercizio del proprio potere, il soggetto pubblico è orientato sulla base di un vincolo teleologico che consiste nel perseguimento del fine predeterminato dalla legge.

La discrezionalità si esprime, secondo autorevole dottrina, attraverso un'attività intellettuale, che richiede, nel caso concreto, la ponderazione fra più interessi, uno

¹⁰³ E. FRATTO ROSSI GRIPPAUDO, *La maschera della discrezionalità: sull'esercizio costituzionalmente disorientato del potere amministrativo*, in *Il Corriere giuridico*, 2018, 12, p. 1491.

¹⁰⁴ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 28.

¹⁰⁵ P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 5-6.

principale e più interessi secondari¹⁰⁶. Questi ultimi, concorrono o accedono all'interesse essenziale e, grazie alla loro presenza, giustificano l'esistenza dell'interesse primario modificandolo o limitandolo¹⁰⁷.

La necessaria presa in considerazione degli interessi di coloro che possono subire un pregiudizio dall'adozione del provvedimento amministrativo è stata recepita dal legislatore nella legge sul procedimento del 1990, al capo III, rubricato "partecipazione al procedimento amministrativo". Il legislatore ha voluto dare accesso al procedimento a coloro che possono subire un pregiudizio dall'emanazione del provvedimento e sono quindi titolari di un interesse contrapposto a quello pubblico, perseguito dall'amministrazione¹⁰⁸.

Nonostante sia stata paragonata ad una valutazione politica¹⁰⁹, la scelta dell'amministrazione non è priva di limiti nel raggiungimento delle proprie finalità. Il primo limite è proprio il necessario perseguimento dell'interesse pubblico. Quest'ultimo inteso non come interesse soggettivo dell'amministrazione-apparato, né come somma dei singoli interessi degli amministrati, bensì come interesse della collettività nel suo complesso¹¹⁰. Altri limiti condizionano l'agire del soggetto pubblico, come ad esempio:

a) *La causa del potere*: intesa come specifica funzione, con la conseguenza che un potere discrezionale non può essere esercitato per adempiere una funzione diversa. Si ricadrà, perciò, nell'illegittimità per sviamento (figura sintomatica dell'eccesso di potere) nel caso in cui il provvedimento sia stato emanato per adempiere una funzione tipica di un altro potere.

b) *principio di imparzialità*: l'art. 97 Cost. impone il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione. Quest'ultima deve garantire parità di trattamento ai destinatari della sua attività discrezionale e, soprattutto, evitare che il proprio potere si trasformi in arbitrio. Infatti, quando non vengono predeterminati dei limiti e dei criteri direttivi, il rischio che la discrezionalità diventi arbitrio è alta. Spetta, perciò, al legislatore o, in caso contrario, all'amministrazione con proprie norme

¹⁰⁶ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 81.

¹⁰⁷ Ivi, pp. 77-78.

¹⁰⁸ G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 50.

¹⁰⁹ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁰ P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., p. 7.

interne, circondare di cautele un potere che può incidere pesantemente su posizioni soggettive dei privati¹¹¹.

c) *principio di logica o coerenza*: l'azione amministrativa deve essere svolta in modo coerente e non contraddittorio. Non è consentito adottare un provvedimento in contraddizione con uno precedente – in quanto si ricadrebbe nell'illegittimità per eccesso di potere dovuto a contraddittorietà fra provvedimenti – né effettuare una scelta sulla base di ragionamenti contrastanti (eccesso di potere per contraddittorietà nella motivazione)¹¹². L'obbligo di coerenza richiede innanzitutto all'amministrazione di adottare scelte logiche nel procedimento di formazione del provvedimento, pena l'illegittimità dello stesso per eccesso di potere, in particolare per una delle sue figure sintomatiche, quale l'illogicità.

Ma è in relazione al rapporto fra due provvedimenti successivi che il principio di coerenza interessa maggiormente la presente trattazione, in quanto richiede al soggetto pubblico di non ledere l'affidamento del privato mediante comportamenti contraddittori. In particolare, il destinatario dell'azione amministrativa si attende che il soggetto pubblico agisca tenendo comportamenti che non tradiscano propri precedenti sui quali si sia formata una posizione consolidata di affidamento. Qualora lo faccia sarà tenuto a darne conto nella motivazione del provvedimento ultimo venuto¹¹³.

L'importanza del legittimo affidamento è dimostrato dal fatto che, la norma che attribuisce il potere si compone di clausole generali e principi che si intrecciano tra loro e la integrano, in modo tale da indirizzare il potere amministrativo.

Le clausole generali, fra le quali rientra il legittimo affidamento (v. par. 1), vengono applicate svariatamente: direttamente come norme, come principi che integrano la fattispecie, come direttive interpretative e anche come vere e proprie fonti. La legge, in alcuni casi le prevede espressamente, basta ricordare il riferimento ai «criteri» ed ai «principi dell'ordinamento comunitario», cui si riferisce l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo¹¹⁴. Uno dei tanti casi concreti, in cui

¹¹¹ P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, vol. V, CEDAM, Padova, 1970, pp. 172-173.

¹¹² Questa ripartizione dei limiti alla discrezionalità amministrativa si trova in P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 7-8.

¹¹³ A. CARNABUCI, *Considerazioni in tema di discrezionalità amministrativa*, in *L'amministrazione italiana*, 2002, 11, p. 1582.

¹¹⁴ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 3, pp. 345-346.

discrezionalità amministrativa e clausole generali si incontrano, riguarda l'esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione. Classica espressione della discrezionalità amministrativa è l'esercizio dell'autotutela, attraverso la quale l'amministrazione pone nel nulla, annullando o revocando, un suo precedente atto. La possibilità di ritirare i propri atti viziati è nata come un privilegio per l'amministrazione¹¹⁵, esercizio della discrezionalità del potere.

Come espressione di amministrazione attiva l'annullamento richiede la valutazione circa la sussistenza di un preminente interesse pubblico che, in fase di ponderazione, si scontra con l'affidamento maturato dal privato¹¹⁶. L'interesse pubblico non deve corrispondere ad un mero interesse al ripristino della legalità violata ma richiede una valutazione comparativa degli interessi in gioco, dei quali si deve dar conto poi in fase di motivazione del provvedimento di secondo grado, a maggior ragione quando si sia formata una posizione di affidamento consolidata¹¹⁷.

Il passaggio da discrezionalità ad arbitrio potrebbe risultare semplice per l'amministrazione, se non si circondasse il potere di adeguate cautele. D'altro canto, ciò non significa non riconoscere la possibilità di rivedere le proprie scelte in capo al soggetto pubblico, soprattutto in casi in cui un preminente interesse pubblico lo richieda. Resta, perciò da stabilire, caso per caso, quando il privato possa vantare un interesse tutelabile alla conservazione del vantaggio ottenuto da un precedente provvedimento.

Ciò di cui non si può dubitare è che il definitivo abbandono di una concezione autoritaria del potere pubblico, il venir meno dell'insindacabilità delle scelte compiute dalla p.a., la continua emersione di principi privatistici in ambito pubblicistico, confermino la possibilità per il privato di "far sentire la propria voce" dinanzi all'amministrazione, anche nel caso di esercizio legittimo dei poteri di ritiro.

¹¹⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit. p. 94.

¹¹⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 846.

¹¹⁷ M. LO CURTO, *La ritrosia della giurisprudenza amministrativa nell'applicazione del binomio tempo-motivazione alla luce dei principi di legittimo affidamento e certezza del diritto*, in *Foro amm.*, 2018, fasc. 5, pp. 800-801.