



## **Danno da provvedimento favorevole poi annullato: profili pratici e sistematici**

Dino Tarquini\*

21 Dicembre 2024

**Abstract:** Il contributo esamina la fattispecie della responsabilità civile della pubblica amministrazione in caso di danno da provvedimento favorevole poi annullato, al fine di evidenziare come la vicenda presenti una problematicità, sia pratica che sistematica. Tratteggiato il fenomeno, si analizzano i profili di maggior interesse. In primo luogo, si affronta il nodo del carattere incolpevole dell'affidamento, tenendo conto degli arresti pretori sul punto ed effettuando un raffronto fra gli assunti del diritto privato e la specialità del diritto amministrativo. Successivamente, si ricostruisce in sintesi il dibattito sul riparto di giurisdizione, che ha visto contrapporsi le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, mettendo l'accento sullo spessore sistematico celato dietro la questione applicativa. In particolare, emerge la possibilità di delineare il concetto connotativo di comportamento amministrativo, quale sintagma idoneo a compendiare l'essenza monolitica della fattispecie a formazione progressiva del procedimento/provvedimento, retta anche e soprattutto dalla clausola generale di buona fede, come declinazione del principio di solidarietà. Ne deriva la possibile configurazione dell'interesse legittimo in senso olistico e dinamico-relazionale, nel quadro del dialogo con la speculare situazione giuridica soggettiva, ugualmente composita ed unitaria, del potere amministrativo.

The paper examines the case of civil liability of the public administration in the case of damage from a favorable measure later annulled, in order to highlight how the matter presents a problematic nature, both practical and systematic. Having dealt with the phenomenon, the most interesting profiles are analyzed. First, the issue of the blamelessness of reliance is addressed, taking into account the case law on the point and making a comparison between the assumptions of private law and the specialty of administrative law. Next, the debate on the allocation of jurisdiction, which has been opposed by the United Sections of the Court of Cassation and the Plenary Adunance of the Council of State, is reconstructed in brief, with emphasis on the systematic depth concealed behind the application issue. In particular, there emerges the possibility of delineating the connotative concept of administrative behavior, as a syntagma suitable for summarizing the monolithic essence of the progressive formation case of the measure, governed also and above all by the general clause of good faith, as a declination of the principle of solidarity. Hence the possible configuration of legitimate interest in a holistic and dynamic-relational sense, within the framework of dialogue with the specular subjective legal situation, equally composite and unitary, of administrative power.

---

\*Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi dell'Aquila. Contributo sottoposto a *double blind peer review*.



Sommario: 1. Premessa: la gravidanza del danno da provvedimento favorevole poi annullato 2. Aspetti problematici: la colpevolezza dell'affidamento 3. Il dibattito sulla giurisdizione 4. Profili sistematici: il comportamento amministrativo e l'interesse legittimo olistico dinamico-relazionale

## **1. Premessa: la gravidanza del danno da provvedimento favorevole poi annullato**

Nel plurale scenario della responsabilità civile della pubblica amministrazione, dottrina e giurisprudenza hanno ammesso la configurabilità di una tutela risarcitoria in caso di adozione da parte dell'ente pubblico di un provvedimento favorevole invalido, fonte di legittimo affidamento per il consociato<sup>1</sup>, in seguito annullato, o in autotutela o in via giurisdizionale. In questa evenienza, il privato non si lamenta dell'illegittimità dell'atto, atteso che esso è ampliativo della sua sfera giuridica, ma si duole di aver confidato senza sua colpa nella stabilità del beneficio.

Pertanto, si nota come la fattispecie si collochi nell'alveo della responsabilità da comportamento scorretto, secondo taluni connesso, almeno in via indiretta o mediata, con la potestà amministrativa. Si tratta, invero, di una condotta nella sua complessità contrastante con il canone della buona fede, ove il provvedimento si attegga a mero elemento di fatto, incidente sulla libertà di autodeterminazione negoziale del consociato. La quantificazione dell'obbligazione compensativa è dunque pari all'interesse negativo, ovvero alle perdite subite, quale danno emergente, ed ai mancati guadagni, come lucro cessante, che sono conseguenza dell'interferenza illecita dell'autorità<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La responsabilità da provvedimento amministrativo favorevole successivamente annullato può esistere in varie materie. In particolare, si ricorda come essa si presenti, nella prassi, tra l'altro, nell'ambito della contrattualistica pubblica. Difatti, il legislatore è intervenuto, per mezzo del nuovo codice di cui al d.lgs. n. 36/2023, positivizzando le acquisizioni giurisprudenziali formatesi anche sul punto in disamina. L'art. 5 fissa così i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, disponendo che «<1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. 2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede. 3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico. 4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito>>».

<sup>2</sup> Si vedano, tra l'altro, Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594; Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6595; Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6596; Cass., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162; in dottrina, nell'ottica della ricerca dell'effettività della tutela rimediabile, E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullato*, in *L'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'affermazione del principio e la realtà della tutela.*, 31 maggio 2022, Seminario Università degli Studi dell'Aquila, in Giustamm.it, 2022, fasc. 6, pp. 1-17.



Ebbene, in materia di danno da provvedimento favorevole poi annullato sono sorti molteplici problemi, sia di natura pratico-applicativa che di spessore teorico-sistematico, che sottolineano la pregnanza della vicenda. Meritano di essere riportati alla mente, fra essi, la questione del carattere incolpevole o meno dell'affidamento nell'ambito del diritto pubblico, nonché il tema aspramente dibattuto del riparto di giurisdizione, che rappresenta, peraltro, terreno fertile per cogliere la struttura giuridica della fattispecie, anche circa l'essenza e la latitudine dell'interesse legittimo.

## 2. Aspetti problematici: la colpevolezza dell'affidamento

Considerato che si è soliti ritenere che l'affidamento del privato, affinché possa essere giuridicamente rilevante, deve essere non colpevole, risulta opportuno esaminare taluni profili controversi afferenti a siffatta qualificazione della posizione del privato.

In particolare, si è sollevata una obiezione circa la configurabilità del rimedio, facendo leva sulla asserita origine privatistica della fattispecie posta sotto la lente. Si suole sostenere infatti che la disposizione del codice civile che si ritiene funga da fondamento a tale forma di tutela, ovvero l'art. 1338 c. c.<sup>3</sup>, possa determinare il sorgere di responsabilità precontrattuale solo quando la norma violata dal contratto non abbia natura imperativa<sup>4</sup>. Nell'opposta circostanza, l'imperatività della norma non potrebbe in alcun modo far apparire scusabile la relativa ignoranza, giacché l'interesse generale sotteso alla medesima, giustificazione dell'inderogabilità, comporterebbe un dovere di conoscenza della regola<sup>5</sup>. Sicché, qualora il negozio sia invalido per violazione di una norma imperativa, il contraente che non ha informato la controparte del vizio inficiante il contratto non è tenuto a rispondere per la sua omissione non conforme ai canoni di solidarietà sociale. L'altro paciscente avrebbe dovuto diligentemente conoscere la cogenza della norma e, dunque, in difetto di tale scienza, dovrebbe predicarsi la colposità dell'affidamento del consociato.

L'impostazione in parola ritiene che questo statuto giuridico trovi il proprio fondamento nell'esigenza di bilanciamento fra gli obblighi solidaristici di salvaguardia degli interessi altrui, che qui si estrinsecano in doveri informativi, ed il principio di autoresponsabilità<sup>6</sup>,

---

<sup>3</sup> La disposizione, rubricata <<conoscenza delle cause d'invalidità>>, recita: <<la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto>>.

<sup>4</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 561 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2017, pp. 800 ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 500 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 573 ss.

<sup>5</sup> Sull'imperatività delle norme si rinvia a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 13 ss.

<sup>6</sup> N. RIZZO, *Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione ad una teoria*, in *Resp. civ. previd.*, 2022, III, pp. 713 ss.



nella sua declinazione specifica a fronte di norme chiamate a presidiare interessi metaindividuali.

Dato che tale indirizzo trova riscontro pressoché pacifico in sede civilistica<sup>7</sup>, si pone il quesito se sussista una comunicabilità con il ramo pubblicistico. Nell'ipotesi di una risposta positiva, si dovrebbe inferire che, in presenza di disposizioni da cui trarre norme imperative, l'ignoranza delle medesime da parte del privato che si relaziona con l'amministrazione pubblica importi colposità e, pertanto, diniego del diritto al ristoro.

Il punto dolente, tuttavia, è rinvenibile nell'elementare constatazione qualificatoria in virtù della quale le norme che disciplinano l'attività amministrativa sono naturalmente di tipo imperativo<sup>8</sup>. Se ne dovrebbe dedurre che l'affidamento del privato ingenerato dal soggetto pubblico non possa godere del crisma dell'incolpevolezza, vertendosi su un danno correlato a un provvedimento contrario a norme imperative<sup>9</sup>. Il consociato che sia destinatario di un atto ad egli favorevole, orbene, sarebbe onerato, in chiave di autoreponsabilità, di essere a conoscenza dell'eventuale vizio che rende illegittima la decisione amministrativa. Qualora il privato ignori la patologia, potrebbe, di fatto, vedere menomato il proprio affidamento sulla validità dell'atto ampliativo, ma non potrebbe invocare alcuna protezione rimediale per tale conculcazione, stante l'imperatività delle norme violate e, di risulta, la colpevolezza dell'assegnamento sorto<sup>10</sup>.

Il quadro sin ora descritto, alla luce di una semplice trasposizione delle logiche civilistiche nel settore amministrativistico, è andato incontro a critiche ed obiezioni<sup>11</sup>.

Innanzitutto, si è osservato come vada vagliata l'attitudine delle regole privatistiche inerenti alla colpevolezza dell'*ignorantia legis* ad attagliarsi al menzionato caso. Sorge, infatti, il dubbio in ordine alla ragionevolezza dell'accollare al privato l'onere di scandagliare il rispetto di tutte le norme sul procedimento amministrativo, data l'imperatività delle stesse. Il peso di una tale incombenza potrebbe apparire eccessivo<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, 5, cit., pp. 573 ss.

<sup>8</sup> F. G. COCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 229 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996.

<sup>9</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 49 ss.

<sup>10</sup> R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno del danno da provvedimento illegittimo*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 262 ss.

<sup>11</sup> In ordine all'eterna dialettica fra pubblico e privato, per delle coordinate ermeneutiche generali da applicare alle questioni concrete, si rinvia, tra gli altri, a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè Milano, 2003; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, in *Scritti giuridici*, vol. V; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, 1964; A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 4; U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1989, pp. 199 ss.; G. P. CIRILLO, *Diritto civile pubblico*, Direkta, Roma, 2012, pp. 19 ss. e pp. 997 ss.

<sup>12</sup> Può essere d'ausilio per una siffatta analisi la strumentazione economica. Si vedano, sul punto, G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 2009, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2020, pp. 379 ss.





D'altronde, bisogna tenere in considerazione che le disposizioni normative potrebbero essere soggette a più interpretazioni, e che la decisione fonte di affidamento potrebbe essere frutto dell'esercizio di un potere discrezionale, per sua natura dall'esito non predeterminato, cosicché non si possa richiedere uno standard di diligenza tale da dover riconoscere l'illegittimità.

Per di più, si è rilevato che il soggetto ingenerante l'affidamento nella fattispecie in analisi non potrebbe, secondo la logica privatistica, essere *de plano* esonerato dall'adempiere obblighi solidali di correttezza informativa, non essendo percorribile l'itinerario di un'impropria assimilazione ad un comune soggetto giuridico<sup>13</sup>. L'amministrazione pubblica, in virtù della sua situazione soggettiva in relazione alla comunità sociale, quindi del suo *status*, riveste una posizione qualificata, differenziata dalla generalità<sup>14</sup>. L'inferenza consequenziale, dunque, consta del ritenere le decisioni assunte dall'amministratore pubblico assistite da una sorta di presunzione di legittimità<sup>15</sup>, in considerazione della preposizione istituzionale alla cura in concreto degli interessi pubblici *ex lege* enucleati<sup>16</sup>. In accordo con tale differente ricostruzione, tesa ad attagliare la logica di fondo di cui all'art. 1338 c. c. alle peculiarità del diritto amministrativo, si aprirebbero le porte, al ricorrere di tutti i presupposti, alla responsabilità da provvedimento favorevole annullato, visto il maggior spazio di operatività dell'incolpevolezza dell'affidamento<sup>17</sup>, così da irrobustire l'*enforcement* del privato dinanzi ad un'amministrazione scorretta ed incoerente, la quale non potrebbe più celarsi dietro la necessità della *scientia legis* in presenza di norme imperative<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> F. BENATTI, *La culpa in contrahendo da Rudolf Jhering ai giorni nostri (impressioni e sensazioni)*, in *Banca Bor. Tit. Cred.*, 2021, IV, pp. 493 ss.; F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, in *Giust. civ.*, 2021, I, pp. 115 ss., la quale evidenzia l'indirizzo secondo cui <<il particolare status dell'ente pubblico renderebbe più gravosa la sua posizione o meglio legittimerebbe più ampi spazi di tutela per il privato>>; per considerazioni che paiono collocarsi sulla medesima lunghezza d'onda, traendone implicazioni sistematiche, V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Cedam, Padova, 2008.

<sup>14</sup> Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7.

<sup>15</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 373 ss.; F. G. COCA et al., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 313 ss.

<sup>16</sup> Si veda N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Passigli Editore, Firenze, 2021.

<sup>17</sup> E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullato*, cit.

<sup>18</sup> G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in *Federalismi.it*, 2021, 17 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni fra tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2011, pp.24 ss.; A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corriere giur.*, 2011, pp. 940 ss.; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I, pp. 2398 ss.; M. L. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 2022; F. G. COCA et al., *Diritto amministrativo*, cit., pp. 550 ss.



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Tuttavia, una limitazione volta a negare la tutela risarcitoria in talune specifiche circostanze è stata operata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>19</sup>. Segnatamente, secondo tale giurisprudenza, la ragionevolezza del convincimento sulla validità dell'atto è esclusa in due occasioni: in caso di illegittimità evidente e quando il destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione dello stesso provvedimento.

In merito alla prima ipotesi, sembra essere centrale, nel ragionamento pretorio, il concetto giuridico di apparenza, in accordo con la ricostruzione della stessa che la ritiene il frutto della sommatoria di un errore collettivo e di un errore soggettivo.

Invero, l'aspettativa è qualificata come legittima innanzitutto qualora la prospettiva di conseguimento o di conservazione di una utilità sia fondata su dati estrinseci connotati da oggettività. Ne deriva che l'assetto posto in essere dall'amministrazione con il comportamento tenuto deve essere in grado di ingenerare un affidamento nella generalità dei consociati. In altri termini, a fronte del quadro complessivo determinato dal contegno del soggetto pubblico, il cittadino medio, alla stregua del canone dell'*id quod plerumque accidit*, deve cadere in errore.

In secondo luogo, ai fini dell'incolpevolezza dell'affidamento, assume rilievo la falsa rappresentazione della realtà sul piano soggettivo. È pertanto necessario che anche il singolo individuo che si rapporta con l'autorità versi in stato di errore, non potendosi tutelare chi, pur in condizioni di obiettiva incertezza, non faccia assegnamento sulla condotta dell'amministrazione.

Di risulta, nel momento in cui l'errore sia solo soggettivo, e non oggettivo, difettando circostanze obiettive ed univoche tali da ingenerare un affidamento nel consociato mediamente diligente, non si integrerebbe la fattispecie costituiva della responsabilità civile da comportamento scorretto del soggetto pubblico. Questa impostazione si concilierebbe con la regola generale secondo cui la buona fede, qui intesa in chiave psicologica, ovvero come ignoranza di ledere l'altrui pretesa, non giova se dipendente da colpa grave<sup>20</sup>.

La medesima Adunanza Plenaria, peraltro, precisa, in dialettica con l'ordinanza di rimessione, che non ogni contributo del privato in seno al procedimento per l'adozione dell'atto finale può essere riguardato come concorso nell'emanazione del provvedimento illegittimo, in considerazione della struttura partecipata dell'agire amministrativo, che,

---

<sup>19</sup> Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, Cons. St.; ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20.

<sup>20</sup> Si veda il capoverso dell'art. 1147 c. c., e, in particolare, Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, ove si afferma il carattere generale della citata regola, onde escludere la risarcibilità della posizione giuridica soggettiva del privato in caso di evidente illegittimità, e, dunque, gravemente colposa ignoranza della medesima.



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pur restando unilaterale ed autoritativo nel suo esito, si presenta sempre più in veste dialogica<sup>21</sup>.

Passando invece all'ulteriore limite contemplato dalla giurisprudenza nomofilattica, si nota l'emersione della specialità del diritto amministrativo. Difatti, anche scendendo al di sotto della colpa grave, configurabile in capo al destinatario di un provvedimento favorevole *ictu oculi* illegittimo, sembra si profili la non meritevolezza dell'assegnamento del privato nell'ipotesi di demolizione giurisdizionale. Il supremo consesso fa riferimento alla possibilità per il cittadino di prevedere la caducazione dell'atto ampliativo in caso di ricorso per l'annullamento dello stesso, attesa la previsione che impone la notifica al beneficiario in qualità di controinteressato. Lo spazio residuo per un affidamento incolpevole, quindi, consisterebbe nel breve periodo che va dalla cognizione del provvedimento favorevole alla conoscenza legale dell'impugnazione del medesimo.

Seguendo tale indirizzo la tutela del privato in caso di annullamento in sede giudiziale verrebbe sensibilmente ristretta. Ci si chiede, allora, se la nozione di colpa impiegata dalla giurisprudenza della Plenaria sia troppo rigorosa, nella sua assolutezza. Non pare che venga effettuata, d'altronde, alcuna puntuale distinzione fra le ipotesi che possono presentarsi, accomunandosi piuttosto tutte le multiformi fattispecie concrete al di sotto di un unitario rigido statuto.

In senso contrario, sembra opportuno e dunque preferibile ragionare in una prospettiva relativa. L'indagine sulla colpevolezza dell'affidamento andrebbe condotta nell'ottica della valorizzazione della variabilità del caso concreto, al fine di comprendere se, in forza della specificità delle circostanze, nonostante il provvedimento favorevole sia impugnato, la fiducia nell'amministrazione sia diligentemente e prudentemente riposta.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui, sebbene l'atto ampliativo appaia robusto, sulla base di un orientamento interpretativo consolidato che propende per la validità dell'attribuzione del beneficio, in modo imprevedibile il giudice amministrativo superi i tetragoni precedenti giurisprudenziali con un *revirement* che porti alla perdita del bene della vita<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Sempre Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19 puntualizza che «non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla legittimità del provvedimento. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono pressoché sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo».

<sup>22</sup> Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19 osserva, peraltro, che «non ha invece carattere esimente il fatto che l'amministrazione abbia con pervicacia tutelato la posizione del beneficiario dell'atto nei confronti delle iniziative del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, come ipotizza l'ordinanza di rimessione. Come infatti esposto in precedenza, ciò che ha rilievo per configurare un affidamento incolpevole sulla legittimità dell'atto favorevole, la cui frustrazione può essere fonte di responsabilità per l'amministrazione nei confronti del destinatario, è la riconoscibilità dell'illegittimità da parte di quest'ultimo. Pertanto, le ulteriori iniziative adottate dall'amministrazione a difesa del proprio provvedimento lungi dall'escludere un affidamento possono semmai rafforzarlo».



# AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Appare condivisibile, invece, la posizione della Adunanza Plenaria sul rilievo del fattore temporale. Si afferma che l'affidamento può nascere sin dalla presentazione dell'istanza ad opera del privato, non essendo possibile individuare a priori un momento discriminante, a partire dal quale l'aspettativa assuma carattere legittimo. Sulla medesima lunghezza d'onda della lettura pretoria in parola si colloca il nuovo codice dei contratti pubblici, che al capoverso dell'art. 5 statuisce espressamente che «nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede».

Tale previsione normativa mira con evidenza a fugare i dubbi previamente sorti in materia di appalti pubblici. Infatti, si registrava una impostazione secondo cui l'affidamento può ritenersi incolpevole solo in seguito all'adozione, da parte dell'amministrazione, del provvedimento di aggiudicazione. Solo in quel momento, si riteneva, l'operatore economico, alla luce del rapporto a due, in seguito all'individualizzazione, potrebbe sbilanciarsi con un'apertura di credito nei confronti dell'autorità.

Questo indirizzo è stato accantonato in via progressiva dalla giurisprudenza, anche prima dell'autorevole avallo dell'Adunanza Plenaria e del recepimento *per tabulas*, proprio in ossequio alla logica del primato del caso concreto. Le vicende che attengono all'assegnamento di un privato, invero, presentano un elevato tasso di varietà, e vanno pertanto apprezzate singolarmente.

La posizione assunta dai formanti del diritto sull'assenza di automatismi in ordine al rilievo del fattore cronologico, orbene, consente di affermare che, nella fattispecie oggetto di studio, ben potrebbe sussistere un affidamento incolpevole. Difatti, se si è affermato che la fiducia può nascere anche a prescindere da una previa manifestazione autoritativa, ad esempio anche solo in forza della presentazione di un'istanza, può agevolmente sostenersi che il confidare sulla stabilità di un provvedimento favorevole sia, almeno in astratto, incolpevole.

Spostando l'attenzione, invece, al diverso caso dell'annullamento d'ufficio dell'atto ampliativo, si apre l'ulteriore questione del mutamento del ruolo dell'affidamento, che da principio incidente sulle regole di responsabilità diviene impattante sulla dimensione della legittimità, nell'ambito del giudizio alla stregua dei parametri di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990. Il quesito che si pone in tale eventualità è se la clausola generale di buona fede possa avere due livelli differenti di operatività, cosicché la violazione dell'affidamento che non determina invalidità dell'atto di autotutela possa nondimeno comportare responsabilità civile. In caso contrario, sposando la tesi dell'identità di scrutinio, in sede di legittimità ed a fini risarcitori, si avrebbe un effetto preclusivo, per cui affermare la validità della decisione di secondo grado importerebbe l'impossibilità di predicare una scorrettezza in chiave di tutela compensativa.





## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Sembra preferibile sposare l'impostazione della diversità e conseguente non sovrapposizione fra le due nozioni di affidamento.

Da un lato, l'affidamento costituisce un elemento all'interno del quadro oggetto di ponderazione discrezionale da parte dell'amministrazione. Pertanto, all'esito del bilanciamento ben è possibile che la fiducia riposta sulla stabilità dell'assetto diviso dal provvedimento favorevole di primo grado sia menomata, stante la prevalenza dell'interesse pubblico.

Dall'altro lato, la lesione dell'affidamento incolpevole rappresenta un comportamento connotato da illiceità che di per sé è sufficiente a determinare responsabilità, senza che si debbano tenere in considerazione ulteriori interessi, non essendovi alcuna comparazione da effettuare.

Ne consegue che in astratto il provvedimento di autotutela potrebbe essere legittimo, sebbene la conculcazione dell'assegnamento del privato integri un illecito fonte di risarcimento dei danni patiti. Tale soluzione si basa sulla differenza fra i giudizi di validità e di responsabilità, legata al differente oggetto di scrutinio. Nondimeno, queste osservazioni non sono risolutive del dibattito sul tradizionale principio di non interferenza fra norme atto e norme comportamento in diritto amministrativo, poiché non escludono la polivalenza della clausola generale di buona fede, sia come regola di responsabilità che come regola di validità, postulando solo una distonia nel vaglio critico<sup>23</sup>.

Da ultimo, le acquisizioni del diritto vivente, avallate dalla giurisprudenza nomofilattica richiamata, sono state almeno in parte recepite dal legislatore, sempre in materia di contratti pubblici: l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 ha statuito che «in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale

---

<sup>23</sup> Si veda, per una ricostruzione che ritiene esistente un'interferenza fra norme atto e norme comportamento in diritto amministrativo, proprio alla luce della specialità di quest'ultimo, cosicché la violazione della buona fede oggettiva possa determinare anche l'invalidità del provvedimento, L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018, pp. 181 ss.; in giurisprudenza, Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in ordine alla diversità di piano derivante dalla distinzione fra regole di comportamento e regole di validità, osserva che «<del pari non può essere seguita l'impostazione dell'ordinanza di rimessione che dal principio di non contraddizione inferisce la conseguenza per cui non vi potrebbe essere un affidamento tutelabile del destinatario dell'atto, nella sua qualità di controinteressato soccombente nel giudizio di annullamento. L'assunto sovrappone i piani, che invece in precedenza si è precisato essere distinti, della legittimità dell'atto e delle regole di validità ad esso relative, da un lato, e dall'altro lato della correttezza e buona fede del comportamento nell'esercizio del potere pubblico, con le connesse responsabilità dell'amministrazione. Per converso, va escluso l'opposto estremismo per cui ogni atto illegittimo e annullato in sede giurisdizionale è per l'amministrazione fonte di responsabilità nei confronti sia del soggetto originariamente beneficiario, sia del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, con la conseguenza che l'amministrazione si troverebbe in tal caso sempre e comunque esposta alle azioni di entrambi i soggetti coinvolti nell'esercizio del potere pubblico>>».



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

richiesta ai concorrenti». Pertanto, nell'ambito di una cruciale disciplina di settore, si è scelto di positivizzare l'approdo pretorio restrittivo.

Tuttavia, la previsione normativa pare essere più favorevole rispetto alla posizione che sembra aver assunto la pronuncia dell'Adunanza Plenaria in precedenza esaminata. Infatti, pare che, in modo condivisibile, non si faccia discendere dalla notifica del ricorso per annullamento nei confronti del beneficiario controinteressato un'automatica colpevolezza dell'affidamento. La colpa assumerebbe rilievo solo in quanto grave, dunque esclusivamente nell'ipotesi di agevole conoscibilità dei vizi dell'atto. Potrebbe accadere, allora, che l'affidamento risulti incolpevole quantunque vi sia una controversia di cui il destinatario del provvedimento favorevole ha fisiologicamente conoscenza, purché l'illegittimità non sia manifesta.

Rientrerebbe in questo caso l'ipotesi sopra paventata, in cui il destinatario del provvedimento favorevole impugnato, controinteressato in sede processuale, non possa ragionevolmente attendersi un esito negativo del giudizio, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale che deporrebbe in favore del rigetto della domanda di annullamento, e, ciò nonostante, si giunga ad un *overruling* che porti alla caducazione del beneficio. Ebbene, in tale eventualità l'affidamento, alla luce del dato normativo, dovrebbe essere considerato incolpevole.

Peraltro, la nuova disposizione individua anche il parametro alla luce del quale svolgere il giudizio sulla colpevolezza dell'assegnamento. Vertendosi sulla materia dei contratti pubblici, si fa riferimento alla diligenza professionale, quale *standard* qualificato richiesto agli operatori economici, secondo lo schema generale di cui al capoverso dell'art. 1176 c. c.<sup>24</sup>

In definitiva, la novella sembra aver trovato un punto di equilibrio apprezzabile fra i contrapposti interessi in campo, evitando, da una parte, il rischio del dilagare della responsabilità civile dell'amministrazione, pur a fronte di situazioni del privato immeritevoli di protezione al lume del principio di autoresponsabilità, nonché, dall'altra parte, scongiurando l'opposto rischio di negare qualsivoglia tutela al consociato che ha subito danni dipendenti dalla fiducia mal riposta<sup>25</sup>, sorta a seguito di una articolata condotta del soggetto pubblico.

---

<sup>24</sup> La disposizione recita: «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

<sup>25</sup> Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, rileva come l'affidamento si sostanzi «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».



### 3. Il dibattito sulla giurisdizione

Quanto alla giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole successivamente annullato, si registra un fecondo dibattito, involgente, tra l'altro, i massimi organi giurisdizionali nazionali, che ha dato adito a plurime impostazioni<sup>26</sup>. D'altronde, il dato letterale della disposizione cui occorre far imprescindibile riferimento, ovvero l'art. 7 c. p. a., non pare sufficiente per una soluzione che appiani i contrasti. In particolare, muovendo dallo statuto metodologico delineatosi a seguito dell'enucleazione, ad opera della Consulta<sup>27</sup>, del principio qualitativo dall'art. 103 della Carta fondamentale<sup>28</sup>, si può giungere ad esiti differenti in merito alla devoluzione delle controversie di cui si parla. Da una parte, si staglia l'orientamento che afferma la giurisdizione del giudice ordinario. Il presupposto di quest'indirizzo è rappresentato dalla consistenza di diritto soggettivo della posizione giuridica che si tutela. All'uopo, la giurisprudenza della Cassazione<sup>29</sup>,

---

<sup>26</sup> F. G. SCOCA et al., *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 71 ss.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, I, pp. 46 ss.; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Giappichelli, Torino, 2013; F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, cit.; F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1990; G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, cit.; P. CHIRULLI, <<*The anatomy of administrative law*>>: *suggerzioni da una lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, III, pp. 646 ss., che rileva come <<al fine dell'interpretazione della norma sul riparto di giurisdizione, non possa prescindere dall'identificazione dell'interesse legittimo e dei suoi profili caratteristici>>.

<sup>27</sup> Disposizione chiaramente ispirata alla giurisprudenza costituzionale, in special modo alle note pronunce Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, e Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in cui si afferma che le <<particolari materie>> di cui parla l'art. 103 Cost. non devono essere intese in senso meramente quantitativo, essendo così sufficiente per il legislatore, ai fini della legittimità costituzionale, enumerare i blocchi di materie da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, bensì in senso qualitativo. La qualità che deve essere posseduta dalla materia consiste appunto nella connessione, almeno in via diretta o mediata, con l'esercizio del potere. Dunque, la materia in discorso, anche in difetto di giurisdizione esclusiva, dovrebbe essere comunque oggetto di giurisdizione generale di legittimità, in considerazione della presenza nel settore del volto autoritativo dell'amministrazione.

<sup>28</sup> F. G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 974 ss.; F. G. SCOCA et al., *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 118 ss.

<sup>29</sup> Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594; Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6595; Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6596. In particolare, con la prima fra queste tre ordinanze gemelle, le Sezioni Unite hanno rilevato come, nel caso di specie, caratterizzato dalla aggiudicazione di un pubblico appalto ad un operatore economico, il quale domandava ristoro per la conculcazione del proprio affidamento sulla validità del provvedimento favorevole, derivante dalla caducazione di quest'ultimo, stante la sua illegittimità, sussista la giurisdizione ordinaria, essendo immaginabile la giurisdizione amministrativa esclusivamente qualora l'istanza del privato sia volta alla demolizione dell'atto adottato dalla stazione appaltante, e solo in via consequenziale al risarcimento dei danni patiti. Con l'ultima fra le tre ordinanze coeve, i supremi giudici hanno sottolineato come, quantunque si verta su materie in cui si abbia giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 c. p. a., l'elemento discrezionale debba rinvenirsi nel *petitum*, dunque, in ciò che il ricorrente domanda, sicché in presenza di un'adizione delle vie legali tesa al conseguimento autonomo del solo risarcimento dei danni subiti, non venendo in considerazione alcun necessario accertamento in ordine



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

nell'evidenziare che il danno patito dall'attore non deriva dal provvedimento favorevole, né dall'atto di secondo grado che sacrifica l'interesse legittimo giustamente, osserva che la situazione del privato è protetta in modo assoluto ed incondizionato, senza che rivesta alcun ruolo l'interesse pubblico, e si risolve nella pretesa a non subire interferenze indebite nella propria sfera di libertà negoziale. A fronte di tale diritto, la pubblica amministrazione sarebbe titolare di un obbligo di buona fede oggettiva, non esistendo margini potestativi per scalfire l'intangibile diritto alla correttezza del consociato.

Definita la natura della situazione giuridica soggettiva azionata, questa giurisprudenza prosegue nella valutazione della sussistenza del collegamento, pur indiretto, con l'esercizio del potere, per scoprire se, nei casi in cui vi sia giurisdizione esclusiva alla stregua della norma catalogo del codice di rito, debba affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

Sul punto, la soluzione delle Sezioni Unite pare *tranchant*. Si sostiene che a rilevare sia il *thema decidendum*, non già la fattispecie concreta così come si è verificata effettivamente al di fuori del processo, poiché l'annullamento del provvedimento illegittimo fa sì che non vi siano più questioni inerenti alle modalità di esercizio del potere da vagliare giudizialmente. Ne deriverebbe un oggetto del giudizio scevro da profili amministrativistici in senso obiettivo, restando da esaminare solamente la configurabilità di un affidamento qualificato e, quindi, meritevole di protezione giuridica. Di risulta, si tratterebbe di un mero comportamento materiale, privo di alcun collegamento, neppure in via mediata, con la situazione giuridica soggettiva attiva della pubblica amministrazione, nonché con la sua edizione dialogica.

Nell'ambito di questa impostazione si distinguono due filoni pretori che non convergono sulla natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione da comportamento scorretto. Se, infatti, da un lato, vi è il tradizionale indirizzo che sposa la tesi della natura extracontrattuale<sup>30</sup> della responsabilità in discorso, dall'altro lato emerge la ricostruzione che opina nel senso dell'inadempimento di una previa obbligazione, con conseguente rifluire della fattispecie sotto le insegne del modello di cui all'art. 1218 c.c.

Si è affacciato così nella giurisprudenza sul riparto di giurisdizione l'argomento della natura giuridica di tale responsabilità, al fine di radicare la cognizione del giudice ordinario. In particolare, si è sostenuto che l'instaurazione di un contatto sociale

---

all'esercizio del potere, atteso che tal compito è stato, nelle fattispecie in esame, espletato previamente dal giudice amministrativo pronunciatosi sull'annullamento del provvedimento, non si rinverrebbe il collegamento con l'espressione imperativa, neppure in via indiretta. Più recentemente, si veda anche Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.

<sup>30</sup> E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullato*, cit.



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

qualificato tra l'ente pubblico ed il cittadino<sup>31</sup>, facendo sorgere un'obbligazione in capo all'amministrazione, assumerebbe rilievo in punto di giurisdizione, giacché il rapporto debito-credito delinea uno spazio cognitorio giudiziale del tutto civilistico, concernente un comportamento meramente materiale privo di correlazione con il potere amministrativo<sup>32</sup>.

In definitiva, la cognizione spetterebbe, secondo questa prima impostazione, sempre al giudice ordinario: in caso di assenza di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché si verterebbe su diritti soggettivi, mentre, in caso di materia allocata per esigenze di concentrazione presso il giudice speciale, perché non si rinverrebbe quel legame minimo richiesto dalla giurisprudenza costituzionale prima, e dal legislatore del codice processuale poi, allo scopo di radicare in astratto ed in concreto la giurisdizione contemplata sin dall'art. 103 Cost.

Al contrario, un differente orientamento, sviluppatosi nella giurisprudenza amministrativa, e coronato con una pronuncia dell'Adunanza Plenaria, sostiene che la giurisdizione spetti, per le fattispecie di danno da provvedimento favorevole poi annullato, sempre al giudice amministrativo, così delineando un contrasto netto con le Sezioni Unite. Questo indirizzo giunge a ritenere che non sia decisivo individuare la materia di cui trattasi, poiché la situazione giuridica soggettiva azionata sarebbe un interesse legittimo e, pertanto, anche al di fuori dell'area della giurisdizione esclusiva si avrebbe comunque una cognizione generale di legittimità di spettanza del giudice amministrativo. A questa soluzione si è arrivati seguendo percorsi interpretativi dissimili.

---

<sup>31</sup> V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, cit.; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, III, pp. 601 ss.

<sup>32</sup> Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615, secondo cui «<spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa 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>>». Peraltro, Cass., sez. un., 22 giugno 2017, n. 15640, colorata la situazione soggettiva giuridica del ricorrente in punto di diritto soggettivo, consistente nell'assegnamento sulla legittimità dell'atto, ha ritenuto il fenomeno fattuale esaminato non ascrivibile né al *genus* della responsabilità contrattuale, né a quello aquiliano, stante la peculiarità della violazione dei generali principi civilistici di buona fede e correttezza. Anche il *decisum* in parola devolve la controversia alla giurisdizione del giudice ordinario, in considerazione dell'assenza del qualificato collegamento con l'esercizio del potere atto, in presenza di un addentellato di diritto positivo, a fondare la giurisdizione amministrativa.





Una prima tesi inclina a qualificare l'interesse legittimo in disamina come pretensivo. Difatti, si è ritenuto che, nella dinamica della fattispecie in oggetto, la natura della posizione giuridica soggettiva muti al mutare dell'esplicazione autoritativa: in particolare, prima dell'adozione del provvedimento favorevole il privato sarebbe titolare di un interesse legittimo, posto in correlazione con il potere, che si atteggia a situazione sussistente ma dall'effetto tipico ancora in stadio potenziale; in seguito all'adozione del provvedimento favorevole il consociato beneficerebbe di un ampliamento della propria sfera giuridica, di talché sorgerebbe, grazie alla costitutività dell'atto amministrativo che definisce il procedimento accogliendo l'istanza del cittadino, un nuovo diritto soggettivo, da esercitare nei rapporti orizzontali; poi, successivamente all'annullamento del provvedimento ampliativo, attesa l'estinzione del diritto creato in via imperativa, riemergerebbe l'interesse legittimo pretensivo, il cui bene della vita è il medesimo che in precedenza era stato conseguito, per poi essere sottratto<sup>33</sup>.

Tale ricostruzione sembra rovesciare la teorica della degradazione<sup>34</sup>, secondo cui il provvedimento ablatorio incide sul diritto soggettivo del privato trasformandolo in un *minus*, ovvero in un mero interesse legittimo. Infatti, si riconosce alla manifestazione di autorità un'analogia di condotta ad ingenerare un *maquillage* della sfera giuridica del consociato, cosicché si possa alternare la genesi e l'estinzione di posizioni soggettive in base al verso di esplicazione del potere amministrativo. Di risulta, il venir meno dell'elevazione dell'interesse legittimo in diritto comporta la rinascita dalle proprie ceneri, quasi si trattasse di un'araba fenice, della prima situazione giuridica soggettiva.

In senso contrario, potrebbe osservarsi che, come già obiettato alla teorica della degradazione<sup>35</sup>, la qualificazione della posizione del privato è da effettuarsi a monte ed

---

<sup>33</sup> Si sono registrate più ordinanze di rimessione all'Adunanza plenaria. In particolare, si veda Cons. St., sez. IV, 11 maggio 2021 n. 3701, in cui si osserva che «<la Sezione – nel rimettere all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione di giurisdizione – ritiene che in linea di principio si dovrebbe affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, ai sensi degli artt. 7 e 133 c.p.a., (...). L'interesse legittimo pretensivo esprime, ad un tempo, sia l'interesse sostanziale rappresentato dalla pretesa ad ottenere un 'bene della vita', sia l'interesse procedimentale per cui il provvedimento finale sia emanato seguendo il procedimento previsto dalla legge. Non si tratta di un mero interesse 'occasionalmente protetto' (adoperando una espressione tipica degli albori della giustizia amministrativa), cioè protetto per il tramite della tutela primaria della legalità amministrativa, bensì di una situazione giuridica immediata, diretta, concreta e personale del privato. Può risultare dunque artificioso il sovrapporre a una tale posizione giuridica soggettiva – riferibile ad un rapporto di diritto pubblico tra il richiedente e l'Amministrazione - una diversa situazione sostanziale (da richiamare per individuare una 'diversa' giurisdizione), basata sul principio del *neminem laedere* (il cui ambito di efficacia prescinde dalla esistenza di un preesistente rapporto tra danneggiante e danneggiato) o anche su un 'contatto sociale' (categoria che può giustificare nell'ambito della giurisdizione civile la soluzione secondo giustizia di determinate tipologie di controversie senza alterare i criteri di riparto della giurisdizione, ma che di per sé è incongruamente richiamata quando si tratti dell'esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere, come ha chiaramente evidenziato anche la citata sentenza n. 7 del 2021 dell'Adunanza Plenaria)>>».

<sup>34</sup> F. G. SCOCA et al., *Diritto amministrativo*, cit., pp. 27 ss.

<sup>35</sup> F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, cit., pp. 99 ss.



in astratto, sul piano legislativo, proprio nel momento in cui si compie la scelta politica di tutelare in via giuridica una pretesa, e si sceglie la modalità attraverso cui apprestare questa protezione. Ne deriva che il privato in dialogo con il potere è sempre titolare di un interesse legittimo, sia prima che dopo l'adozione del provvedimento, mentre il diritto soggettivo si affianca ad esso, rappresentando la tutela assoluta ed incondizionata garantita nei rapporti orizzontali con altri consociati, anche in via contestuale all'esercizio delle facoltà proprie dell'interesse legittimo stesso.

Una seconda tesi inclina a qualificare la posizione azionata in termini di interesse legittimo oppositivo. Questa impostazione ritiene che ad essere frustrata e, dunque, a dover essere risarcita sia la pretesa a conservare il bene della vita, conseguito grazie al provvedimento favorevole di primo grado, che si concreta, dialogando con il potere di seconde cure, nell'interesse legittimo oppositivo all'esercizio dell'autotutela decisoria. Lo stesso può dirsi per la pretesa alla legittimità dell'agire amministrativo, che pur si risolve nell'aspirazione a conservare l'utilità acquisita, in virtù della stabilità delle decisioni conformi a legge. Pertanto, si ritiene che il rapporto amministrativo sia una relazione che, al pari di quelle fra privati, possa essere governata dal principio generale dell'affidamento. Infatti, il privato ripone fiducia sulla stabilità dell'assetto di interessi, così come conformato dalla pregressa azione amministrativa, e, quindi, il *venire contra factum proprium*, per via imperativa o per intervento demolitorio giurisdizionale che sanziona l'illegittimità, incide sulla posizione giuridica soggettiva correlata a tale affidamento sul potere<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> L'orientamento descritto è stato avallato dal Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, che afferma <<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, c.p.a. 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), c.p.a. 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. Il possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato in punto di giurisdizione con l'orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione delle sentenze di questo Consiglio, le quali sono nel frattempo tenute all'osservanza del principio di diritto (salva nuova rimessione) ai sensi dell'art. 99 c.p.a.>>. Peraltro, si afferma nella medesima pronuncia, che <<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>>. Sul punto, si veda anche *Ibidem*, 462. Sulla stessa lunghezza d'onda, Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, secondo cui <<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



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Anche questa tesi è stata criticata<sup>37</sup>. Nello specifico, si è notato come la soluzione della Adunanza Plenaria sembra porsi in contrasto con la giurisprudenza costituzionale in ordine alla nozione di comportamento amministrativo<sup>38</sup>. Invero, mentre la Consulta<sup>39</sup> e poi il legislatore nel codice di rito<sup>40</sup> hanno impiegato questo concetto al fine di definire la possibile area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per declinare la

---

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>>. Parimenti, Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.

<sup>37</sup> R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 201 ss. Per un più ampio commento della giurisprudenza amministrativa in parola si rinvia a C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'Adunanza Plenaria*, in *Riv. giuridica dell'edilizia*, 2022, II, pp. 3 ss.; G. CAPRA, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa, coordinato da Maria Alessandra Sandulli e Marco Lipari - Parte I Contributi - Il danno da provvedimento favorevole annullato: riflessioni in punto di giurisdizione e di affidamento del privato.*, in *Foro amm.*, 2021, XI, pp. 1579 ss.; O. M. CAPUTO, *Tutela dell'affidamento sì... purché incolpevole*, in *Urb. e appalti*, 2022, pp. 201 ss.

<sup>38</sup> Si veda Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2020, n. 21, secondo cui <<a conferma della descritta evoluzione si pone l'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che: <<(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede>> [comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante <<Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali>>]. La disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo – forma tipica di esercizio della funzione amministrativa – è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento>>. Peraltro, Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, osserva che <<nella dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi si colloca anche l'affidamento. Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata. 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 c.c. e l'acquisto di diritto 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>>.

<sup>39</sup> Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191.

<sup>40</sup> L'art. 7 del codice di rito amministrativo recita che <<sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni>>.



natura qualitativa e non quantitativa della formula «particolari materie» dell'art. 103 Cost., la pronuncia in esame pare riconoscere la possibilità che si stagi un comportamento amministrativo anche nell'ambito della cognizione generale di legittimità. Dunque, verrebbe a rompersi lo schema secondo cui bisognerebbe distinguere fra atti e comportamenti, nonché, di risulta, fra legittimità ed illiceità, con la conseguenza di rilievo sistematico che nel primo caso vi sarebbero interessi legittimi, mentre, nel secondo, diritti soggettivi. La Plenaria, in effetti, colloca l'ibrida figura del comportamento amministrativo anche nelle fattispecie in cui il rapporto intersoggettivo è connotato dalla coppia potestà-interesse legittimo, benché non giunga esplicitamente a qualificare la situazione giuridica azionata dal privato, limitandosi a parlare di aspettativa correlata all'interesse legittimo, nel prisma del principio generale dell'affidamento che governa anche le relazioni pubblicistiche<sup>41</sup>.

Inoltre, sono state sottolineate anche delle perplessità inerenti alla pretesa fatta valere in giudizio a fini risarcitori<sup>42</sup>. La giurisprudenza della Plenaria, proprio con la premessa che l'affidamento può informare anche i rapporti di diritto amministrativo, sembra giungere a ritenere che il danno incida su un interesse legittimo, trasformatosi, con il conseguimento del bene della vita tramite il provvedimento favorevole, da pretensivo ad oppositivo, stante l'aspirazione a conservare l'utilità conseguita, in opposizione a quanto possa minare la stabilità dell'ampliamento della sfera giuridica.

L'obiezione consta del rilievo secondo cui, a ben vedere, la stessa tutela condannatoria accordata dall'orientamento in discorso si presenta distonica rispetto alla premessa circa la natura della posizione azionata. Infatti, si è evidenziato che, qualora si fosse rimasti coerenti con il punto di partenza del ragionamento di cui alla parte motiva, si sarebbe dovuti giungere a quantificare il danno-conseguenza e, quindi, il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria in misura pari al valore del bene della vita oggetto dell'interesse legittimo. In realtà, si è affermato che ciò che si risarcisce non è il substrato materiale della posizione in dialogo con il potere, poiché il provvedimento favorevole è illegittimo e la pretesa è infondata. Ne conseguirebbe che il risarcimento verte su un differente bene della vita che, per converso, è di spettanza del privato, non risultando sacrificabile in nome dell'interesse pubblico. D'altronde, si è avvertito che la stessa

---

<sup>41</sup> Nella giurisprudenza tracciata da Cons. St., ad. plen., nn. 19, 20, 21, del 2021, si profila l'emersione del concetto di "aspettativa correlata ad interessi legittimi", nonché di "situazione qualificata dall'inerenza al potere".

<sup>42</sup> R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017, 202 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno del danno da provvedimento illegittimo*, cit., pp. 262 ss.; sul dibattito circa la qualificazione dell'affidamento in termini di situazione giuridica soggettiva, si veda, tra gli altri, E. Follieri, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullato*, cit.; A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; M. L. Antonioli, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento*, cit.





giurisprudenza in questione ristora le spese sostenute inutilmente e le occasioni perse a cagione dell'affidamento, non già l'interesse positivo<sup>43</sup>.

Esattamente queste osservazioni critiche hanno dato adito all'ipotesi di una soluzione intermedia, volta a distinguere i casi in cui la giurisdizione appartiene al giudice ordinario da quelli in cui spetta al giudice amministrativo. Secondo questo indirizzo mediano in caso di danno da provvedimento favorevole successivamente annullato si avrebbe la lesione di un diritto soggettivo, in forza di un comportamento amministrativo scorretto<sup>44</sup>. La natura di diritto soggettivo emergerebbe dal modo in cui l'ordinamento protegge la pretesa di cui si parla, atteso che l'amministrazione non potrebbe, per curare in concreto l'interesse pubblico individuato dal legislatore, menomare la posizione del consociato, avendo piuttosto l'obbligo di soddisfarla. Si osserva come non si possa predicare la consistenza di interesse legittimo proprio perché un'eventuale conculcazione dell'aspirazione al conseguimento o alla conservazione del bene della vita non potrebbe presentare i caratteri del fisiologico dipanarsi dell'agire amministrativo, bensì integrerebbe una fattispecie patologica di illiceità. Segnatamente, si verterebbe sulla libertà di autodeterminazione negoziale<sup>45</sup>, precipitato della libertà di iniziativa economica privata presidiata in Costituzione dall'art. 41, ed oggi rinforzata dall'armamentario sovranazionale della piccola e della grande Europa<sup>46</sup>.

Tale qualificazione in punto di danno-evento sarebbe confermata dal contenuto del dovere di ristoro, quindi dal cosiddetto danno-conseguenza: si fa riferimento alle spese sostenute per aver fatto assegnamento sull'esistenza del provvedimento ampliativo, in

---

<sup>43</sup> Emerge chiaramente dalla giurisprudenza amministrativa che oggetto del risarcimento è l'interesse negativo. Si vedano ancora Cons. St., ad. plen., nn. 19, 20, 21, 2021. Pertanto, almeno sul piano dell'oggetto dell'obbligazione risarcitoria, la responsabilità da provvedimento favorevole successivamente annullato andrebbe accostata alle figure di responsabilità precontrattuale, del pari connotate dal ristoro dell'interesse negativo. In dottrina, S. FOÀ, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, De Jure, 2018; M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, III, p. 705; S. RUSCICA, *La responsabilità civile della stazione appaltante*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>44</sup> R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 200 ss.; Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

<sup>45</sup> Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 ricorda che «nell'intenzione originaria dei compilatori del codice civile del 1942, l'art. 1337 c. c. rappresentava un'espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che, come esplicitato nel citato paragrafo della relazione illustrativa, unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale (...) Nel mutato quadro costituzionale, è affermazione largamente condivisa quella secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188)».

<sup>46</sup> Per il rilievo delle libertà economiche nel diritto europolitano e nel quadro convenzionale dei diritti dell'uomo, si vedano V. CANNIZZARO et al., *Diritto dell'Unione Europea: Parte speciale. Estratto*, 2017; A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, in *Rass. online Dir. Pubbl. Europeo*, 26 novembre 2019, speciale 1, pp. 12 ss.





chiave di danno emergente, nonché, in linea di lucro cessante, alla perdita delle *chance* contrattuali alternative<sup>47</sup>.

La natura di comportamento amministrativo, invece, emergerebbe dal plastico collegamento del contegno scorretto con l'esercizio del potere, almeno in via mediata. Per giungere a tale esito qualificatorio l'impostazione in discorso nota come l'assunto da cui muove la tesi delle Sezioni Unite, secondo la quale l'annullamento del provvedimento comporterebbe l'uscita dallo schermo di cognizione giudiziale di qualsivoglia profilo connesso alla presenza autoritativa dell'amministrazione, sia infondato. Si constata che la vicenda fattuale si svolge interamente in un contesto procedimentale, dunque nell'ambito dell'edizione della potestà. Ne conseguirebbe che il giudice chiamato ad esaminare la fattispecie a scopi risarcitori sarebbe costretto a scandagliare il potere, in relazione, ad esempio, al tipo di vizio che inficia l'atto già demolito, o ad eventuali profili di colpa dell'amministrazione e/o del cittadino<sup>48</sup>.

In punto di giurisdizione, alla luce di quanto rimarcato, poiché si sostiene trattarsi di comportamento amministrativo, nei sensi di cui alla giurisprudenza costituzionale e delle previsioni del legislatore del processo amministrativo, va operata la distinzione fra le materie in cui vi è giurisdizione esclusiva e quelle in cui i diritti soggettivi sono conoscibili solo dal giudice ordinario.

La cognizione spetterebbe al giudice amministrativo, quindi, nelle fattispecie inerenti alle procedure di evidenza pubblica, che costituiscono un ampio spettro della casistica sul danno da provvedimento favorevole poi annullato<sup>49</sup>.

#### **4. Profili sistematici: il comportamento amministrativo e l'interesse legittimo olistico dinamico-relazionale**

---

<sup>47</sup> G. ANZANI, *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in *Resp. civ. previd.*, 2019, V, pp. 1692 ss., in cui, peraltro, si parla di "elasticità" dell'interesse negativo.

<sup>48</sup> Sul giudizio concernente la colpa, in giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 4 aprile 2023, n.3485, Cons. St., sez. II, 27 ottobre 2022, n. 9175; in dottrina, tra l'altro, A. BARTOLINI, *Principio euorunitario di responsabilità e legge n. 241 del 1990*, in *Rivista it. dir. pubb. comunit.*, 2021, II, pp. 143 ss.; G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2007. Rileva, nondimeno, la colpa del privato, secondo lo schema proprio dell'art. 1227 c. c., in ordine al quale si rinvia, tra le varie pronunce, a T.A.R., Palermo, sez. II, 18 ottobre 2022, n. 2914.

<sup>49</sup>Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, ove si parla di <<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 illecite frutto dell'altrui scorrettezza, nell'ambito di un comportamento amministrativo, ovvero correlato, almeno indirettamente, all'esercizio del potere e, dunque, rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, qualora sussistente>>.



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Esaminati gli aspetti di taglio maggiormente pratico-applicativo, sembra possibile muovere dalla pregnante vicenda del danno da provvedimento favorevole poi annullato per svolgere delle considerazioni di più ampio respiro, che traggono spunto dal caso per giungere, attraverso l'inquadramento dello stesso, a ragionare in punto di sistema sul rapporto amministrativo.

In particolare, è bene comprendere se l'ascrizione che si suole compiere della specie di responsabilità civile in parola nell'ambito del danno da comportamento e, all'interno del medesimo, seguendo un dato indirizzo, del pregiudizio da comportamento amministrativo, poiché connesso, almeno in via mediata o indiretta, con l'esercizio del potere, possa superare la soglia della mera denotatività, per assurgere alla connotatività. Come noto, le qualificazioni citate di un termine o di un concetto trovano la propria origine in seno al pensiero filosofico<sup>50</sup>; ciò nondimeno, può essere utile impiegare la stessa dicotomia anche nell'ambito del diritto, assumendo quale elemento discretivo l'esistenza o meno di un regime giuridico afferente all'oggetto cui attribuire il carattere in uno o nell'altro senso.

In tale chiave, con specifico riferimento al comportamento amministrativo<sup>51</sup>, si può affermare la connotatività dello stesso, stante la presenza di un peculiare statuto avvolgente questo sintagma monolitico a formazione progressiva che si snoda nel procedimento per giungere al provvedimento<sup>52</sup>. Invero, l'agire amministrativo non è disciplinato esclusivamente dalle norme puntuali sulla sequenza fattuale ed attizia teleologicamente orientata alla decisione terminale, bensì è regolato anche da ulteriori norme, rinvenibili, a seconda delle differenti impostazioni, nella Carta fondamentale, nell'ordinamento civilistico o in quello pubblicistico<sup>53</sup>. Si fa riferimento a quelle teorie

---

<sup>50</sup> "Connotazione", in Enciclopedia on line, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>51</sup> In particolare, si vedano, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012; M. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; per un approccio multidisciplinare, nell'ambito delle scienze sociali, H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2001.

<sup>52</sup> Per la ricostruzione dello statuto dell'azione della pubblica amministrazione in chiave unitaria, con valorizzazione dei principi generali dell'agire pubblicistico, si veda, in particolare, F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2000.

<sup>53</sup> Per l'impostazione che individua il fondamento della buona fede nel principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., nonché per la ricostruzione del dibattito sul punto, si veda F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizione Scientifica Italiana, Napoli, 1995; per il percorso evolutivo di applicazione del principio di buona fede dal diritto civile al diritto pubblico, si rinvia a F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni <<Trenta>> all'<<alternanza>>*, Giuffrè, Milano, 2001; per la valorizzazione del ruolo della buona fede, quale principio di diritto comune, peraltro anche come regola di validità, nel diritto amministrativo, si veda L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, cit.; sempre per la valenza superprimaria della buona fede, avente il proprio addentellato nell'art. 2 Cost., si veda anche A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1, 1983; per la ricostruzione interpretativa che, muovendo dai limiti che la natura civilistica della buona fede recherebbe con sé in seno al diritto amministrativo, ritiene indispensabile l'individuazione di canoni pubblicistici, rinvenuti del dovere d'ufficio, si rinvia a S.



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

che individuano la base per tale operazione ermeneutica o nel principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., così da sostenere la possibilità di declinarne il corollario della correttezza in tutti i rami dell'ordinamento, o nel principio di buona fede di cui al codice civile, con i conseguenti limiti derivanti dal settore di provenienza, o al dovere d'ufficio, inteso come vincolo prettamente pubblicistico, scevro da influssi restrittivi e distonici privatistici.

Il tratto che accomuna sia la versione privatistica che quella amministrativistica, passando per quella super-primaria, è costituito, per l'appunto, dalla necessità di conferire al percorso decisionale pubblicistico un regime a protezione dei consociati che entrano in un contatto socialmente significativo con l'ente. Sussiste, allora, una tendenziale sovrapposizione di intenti pratici tra le varie teorie.

Tale similarità di scopi potrebbe spingere l'interprete ad osare una ricostruzione guidata dal primato della sostanza sulle pur fondamentali forme giuridiche. Se oggetto della disamina è il comportamento amministrativo, e se la finalità perseguita è la protezione di interessi meritevoli di tutela dei consociati in rapporto con l'amministrazione, potrebbe arguirsi l'impiego di una metodologia che valorizzi il dato sistematico e teleologico<sup>54</sup>, affinché ci si concentri sulle guarentigie indefettibili del cittadino o, a rimarcare la conformità a Costituzione, della persona.

Notandosi come la medesima funzione possa esser perseguita con molteplici e differenti intelaiature normative, nonché come la stessa struttura normativa possa declinarsi per lo svolgimento di disparate funzioni<sup>55</sup>, si assiste all'intuizione di nuovi spazi disciplinari, sospinti dall'esigenza di scovare risposte agli interrogativi sollevati dallo sconfinamento, da un lato, dell'autonomia liberale nel campo pubblicistico, e, dall'altro lato, dalla penetrazione dell'eteronomia e del comando nel terreno civilistico.

Alla luce di quanto riportato, può inferirsi l'esistenza di un complesso di norme comuni alle ripartizioni settoriali dell'ordinamento, senza giungere al fenomeno esiziale

---

DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017.

<sup>54</sup> Si vedano, in merito alla prospettiva di studio che si vuol impiegare, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Editori Laterza, Bari, 2007; G. P. CIRILLO, *Diritto civile pubblico*, cit.; G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Cedam, Padova, 2018; per il ruolo di concretizzazione conformativa della giurisprudenza, fondamentale nella prospettiva funzionalista, si rinvia a F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della corte costituzionale*, in *Riv. dir. Pen. Contemp.*, 2021.

<sup>55</sup> F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 649 ss.; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubb.*, 1995, pp. 393 ss.; in generale, sul cruciale tema, si rinvia a S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit.; U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, cit.; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, cit.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.; A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, cit..



dell'implosione della topografia giuridica. Si profila, pertanto, un diritto comune, composto da principi e clausole generali di portata universale, non transeunti, ancorati a valori di rango costituzionale, che entra in gioco, così da fondare lo statuto del caso di specie, quando lo richieda il rapporto giuridico sostanziale che si palesa, stante la funzione da svolgersi<sup>56</sup>.

Assunta quindi tale prospettiva metodologica, potrebbero trarsi delle somme di sistema. Il comportamento amministrativo andrebbe umanizzato, nell'ottica di servizio alla persona, ricorrendo ad un unico statuto giuridico di diritto comune amministrativo<sup>57</sup>, informato dal principio di solidarietà, che diviene clausola generale di buona fede e correttezza nei momenti socialmente significativi di contatto, in specie in presenza dell'amministrazione, dato lo *status* di quest'ultima ed i doveri d'ufficio dei suoi funzionari<sup>58</sup>.

Una tale impostazione potrebbe avere, tra l'altro, le seguenti implicazioni.

In primo luogo, potrebbe imporsi il ritorno alla riflessione sulla copertura costituzionale del principio del giusto procedimento.<sup>59</sup> La giurisprudenza della Consulta sembra non

---

<sup>56</sup> M. PROTTO, *Il diritto amministrativo nel tempo postmoderno, dal rapporto all'organizzazione e dall'organizzazione al rapporto: la sfida della globalizzazione*, in *Giur. it.*, 12, 2017, pp. 2766 ss.

<sup>57</sup> In particolare, sembra emergere un *ius commune administrativum* almeno sotto un duplice angolo visuale. Da un lato, perché si assiste ad una *cross fertilization*, tale che i principi circolino da un ordinamento ad un altro, evolvendosi durante l'itinerario, soprattutto, ma non solo, nell'ambito eurounitario. Dall'altro lato, invece, l'attitudine intrinseca del diritto amministrativo a regolare la complessità, agendo in scenari tipicamente multipolari, sembra causare una espansione della tecnica giuridica e degli statuti valoriali di questo ramo anche in altri settori dell'ordinamento, così prefigurando l'affermazione della disciplina pubblicistica come nuovo diritto comune. Va registrata, dunque, la profonda inerenza delle logiche del diritto amministrativo odierno ai problemi del diritto in generale. Il propagarsi delle metamorfosi pubblicistiche verso altri lidi, allora, pare derivare proprio dalla sempre più avvertita presenza, in ogni settore dell'ordinamento, della eterna dialettica, in un quadro multipolare, fra autorità e libertà. Sulla tematica, si rinvia a G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., pp. 1 ss., il quale, tra l'altro, osserva appunto come <<il diritto amministrativo non si rassegna a diluirsi nel diritto privato, ma aspira a diventare il nuovo diritto comune dei rapporti giuridici complessi>>, anche considerato che <<l'incontro dei due sistemi>>, quello di diritto civile e quello di diritto amministrativo, è determinato dal fatto che <<le categorie (...) fondamentali del diritto (...) non sembrano più riconoscersi nella dicotomia pubblico-privata>>, e pertanto occorre <<approdare ad una visione unitaria, nella consapevolezza che gli strumenti offerti dalle due discipline vanno usati indifferentemente a seconda della situazione concreta da negoziare, da amministrare o da giudicare>>.

<sup>58</sup> E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., p. 224, in accordo con il quale <<nella sua dimensione oggettiva, la categoria del comportamento elaborata in sede di teoria generale sembra pertanto la più idonea a ricomprendere un fenomeno amministrativo caratterizzato da un'azione complessa, proceduralizzata, irriducibile al solo momento provvedi mentale, oggettivamente funzionalizzata in vista della sintesi razionale tra l'astratto interesse pubblico e i concreti bisogni della collettività o comunque del soddisfacimento dell'interesse generale>>.

<sup>59</sup> Sul tema, si vedano M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, pp. 1829 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e <<giusto procedimento>>*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 130 ss., il quale commenta la sentenza della Corte. cost., 23 febbraio 1962, n 13, in cui si nega recisamente il rilievo costituzionale del principio in parola; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amm.-Tar*, 2007. pp. 2711 ss.; L. PEDULLÀ, *La*





riconoscere una base normativa superprimaria al principio in discorso, seppur abbia fatto uso del medesimo in determinati casi, ai fini della declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>60</sup> di disposizioni che sacrificavano il contraddittorio e, di risulta, anche il buon andamento. Nondimeno, si potrebbe sostenere che, se il comportamento amministrativo è retto dalla buona fede, e se quest'ultima impone una più o meno rigida procedimentalizzazione, allora, in virtù del fondamento costituzionale della regola di correttezza nell'art. 2 Cost., anche il principio del giusto procedimento ha copertura nella legge fondamentale<sup>61</sup>.

In secondo luogo, potrebbe riscontrarsi come la buona fede abbia maggior senso nel diritto pubblico proprio alla luce del modulo ordinario dell'agire amministrativo. La correttezza, infatti, sembra principalmente vocata ad apprestare un canone di regolazione di azioni non puntiformi, ma sequenziali e rese, per mezzo del rasoio di Occam, logicamente unitarie, quali misto di comportamenti ed atti, nel medesimo contesto di esercizio del potere<sup>62</sup>.

---

*costituzionalizzazione del giusto procedimento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 1987; F. G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., pp. 93, il quale, nel quadro della propria tesi secondo cui lo statuto giuridico dell'attività amministrativa deve essere considerato unico, sottolinea come i principi generali che governano tale azione determinino <<necessariamente che questa si svolga in forma procedimentalizzata: il che comporta il carattere giuridicamente necessario del procedimento>>; E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., pp. 222, secondo il quale <<l'azione che si svolge nel procedimento assurge a momento determinante per la concretizzazione storica dell'assetto di interessi scolpito nella decisione. Il farsi della decisione attraverso un'azione procedimentalizzata esprime il momento più compiuto dell'esplicazione del potere preordinato al soddisfacimento dei bisogni generali>>. <sup>60</sup> Per la giurisprudenza della Consulta che non riconosce copertura costituzionale al principio del giusto procedimento si veda, tra l'altro, Corte. cost., 6 maggio 2015, n. 18; per la giurisprudenza che pare tratteggiare un fondamento costituzionale del principio in parola, si vedano, tra l'altro, Corte cost., 23 marzo 2007, nn. 103 e 104.

<sup>61</sup> Si veda V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, cit., il quale accogliendo <<la ricostruzione del contatto qualificato quale fattispecie composta dal principio giuridico della buona fede e dai comportamenti tipizzati dalla regolarità sociale, secondo una struttura che si può assimilare a quella delle clausole generali>>, attraverso l'individuazione di più fondamenti normativi nel <<dovere di solidarietà>>, nel << principio di legalità>>e nella <<direttiva di imparzialità>>, ex <<artt. 2, 3 e 97 Cost.>>, osserva come non siano <<condivisibili gli orientamenti che desumono l'applicabilità del principio di buona fede nell'ambito del diritto amministrativo dall'interpretazione analogica degli artt. 1337 e 1338 c.c., né quegli che attribuiscono diretta rilevanza al «fatto» dell'affidamento quale fonte degli obblighi di protezione. Altrettanto non condivisibili si reputano le correnti di pensiero che negano, viceversa, in generale l'applicabilità nell'ambito del diritto amministrativo del principio di buona fede>>, cosicché <<'operatività di questo principio potrebbe essere indotta dalla sua specificazione normativa nel dovere di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, nei doveri di attenzione, di rispetto, di presa in considerazione degli interessi del privato>>. L'Autore pone allora in evidenza come il principio di buona fede sia legato proprio alla necessaria esistenza di un "procedimento giusto".

<sup>62</sup> E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., p. 225, il quale sottolinea come la categoria comportamento amministrativo sia in grado di intercettare <<l'intera gamma dell'azione amministrativa per ciascuno dei momenti in cui si declina e per ciascuna delle forme in cui si esprime>>. Si aggiunge, peraltro, come nell'ambito della nozione di comportamento amministrativo siano





Per giunta, si consentirebbe l'apertura di un dibattito sulla valenza della buona fede in termini di regola di validità, considerato che l'intero comportamento amministrativo, comprensivo non solo del contegno collegato al potere ma anche dell'estrinsecazione attizia di quest'ultimo, risulterebbe retto da questa declinazione del principio di solidarietà sociale<sup>63</sup>. Va precisato, nondimeno, come non sempre la violazione del canone di correttezza possa rilevare in termini di invalidità dell'atto, essendo necessario un equilibrio fra garantismo amministrativo e primato della sostanza, onde evitare derive formalistiche. Pertanto, la clausola di buona fede oggettiva dovrebbe conferire rilievo esclusivamente ai casi di contravvenzione a forme sostanziali, ovvero a guarentigie procedurali che in concreto possono portare ad una decisione diversa, e dunque ad un difforme assetto di interessi. Il carattere poizore del dato sostanzialistico, d'altronde, è oggi *per tabulas* consacrato nel secondo comma dell'art. 21 *octies* delle legge generale sul procedimento, che pone al centro del giudizio amministrativo non più solo l'atto ma anche il rapporto<sup>64</sup>.

Si profila così, nell'ambito del comportamento amministrativo presidiato dalla correttezza, consistente in contegni collegati, in chiave strutturale e funzionale, all'esercizio del potere, la suddivisione fra due poli distinti. Da una parte, vi è il polo che si concreta in condotte aventi l'attitudine a riverberarsi sull'esito del procedimento, incidendo quindi sul contenuto dispositivo del provvedimento. Dall'altra parte, invece, vi è il polo amministrativo-comportamentale che si inverte in condotte che non sono idonee ad influenzare la decisione terminale. Ne consegue che solo il primo polo possiede la forza

---

<<ricompresi>>, tra l'altro, <<gli atti e i fatti collocabili nell'arco del processo decisionale>>, accomunati dagli <<aspetti funzionali che caratterizzano il farsi dell'azione>>.

<sup>63</sup> Per una sistematica in cui il concetto di comportamento amministrativo si rapporta sia con le regole di responsabilità che con le regole di validità, proprio al fine di sottolineare come tale complesso di atti e contegni possa essere retto da uno statuto unitario, mediante principi che fungano sia da norme-comportamento che da norme-atto, si veda E. ZAMPETTI, *op. ult. cit.*, p. 226, secondo cui il <<comportamento amministrativo>> può essere qualificato sia come <<illegittimo>> che, <<a seconda dei casi, illecito>>, tanto che, appunto, <<l'utilità dogmatica>> della nozione di comportamento amministrativo si può apprezzare in termini di costruzione di un <<parametro generale per la valutazione di legittimità e d'illiceità>> dell'<<attività complessivamente considerata>>. Per spunti sulla buona fede quale regola di validità, si veda, tra l'altro, A. MANDARA, *La buona fede come parametro di validità del provvedimento amministrativo*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2024, IV, pp. 527 ss.

<sup>64</sup> Sul dibattito tema si rinvia, in generale, tra i molti, a P. COTZA, *Sulla (non) annullabilità, per vizi di forma, del provvedimento amministrativo. Contributo di metodo*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2023, IV, pp. 995-1044; S. TARULLO, *Partecipazione procedimentale ed illegittimità non invalidante: quale salvezza per il potere amministrativo discrezionale?* In *Dir. Proc. Amm.*, 2019, I, pp. 69-110. Si precisa, nondimeno, come la disposizione citata abbia un ambito applicativo tracciato dal legislatore, al ricorrere di specifici presupposti. Pertanto, la valenza della buona fede quale regola di validità elastica, idonea a sanzionare solo la violazione di forme sostanziali, si rinvia soprattutto oltre il perimetro dei casi di non annullabilità in discorso, nel caso in cui la scorrettezza formale non incida sul contenuto dispositivo del provvedimento.



per far sorgere questioni di validità; mentre il secondo polo può rilevare unicamente sul terreno della liceità e quindi della responsabilità<sup>65</sup>.

In definitiva, ci si troverebbe innanzi ad un rapporto di diritto sostanziale complesso, in cui, da un canto, si staglia il potere della pubblica amministrazione, quale posizione soggettiva giuridica attiva strumentale<sup>66</sup>, avente la propria legittimazione etero-referenziale nella funzionalizzazione all'interesse pubblico composito, ovvero inclusivo della diversità dei privati interessi<sup>67</sup>, e, dall'altro canto, si staglia l'interesse legittimo del consociato, del pari situazione soggettiva giuridica attiva.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Sul punto si veda, in particolare, A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente*, in *Dir. Amm.*, 2004, II, p. 224, secondo cui «se si segue questa ipotesi ricostruttiva, allora nel contesto generale della disciplina dell'azione amministrativa di carattere autoritativo sono individuabili due profili, concorrenti ma diversi: il primo riguarda il processo formativo della decisione, ed attiene quindi a tutti gli elementi comportamentali che possono spiegare influenza sul contenuto decisionale o su parte di esso; il secondo attiene invece a tutti quegli elementi comportamentali che non reagiscono sul contenuto dispositivo del provvedimento, e che pertanto mirano ad assicurare al soggetto di un rapporto autoritativo beni della vita diversi da quello di cui disporrà il provvedimento finale, e con esso collegati soltanto da un rapporto di contestualità, ma non di strumentalità. Un problema di invalidità (e dunque di illegittimità) si pone solo in relazione all'inosservanza del primo, ma non dei secondi; mentre per entrambi (...) e potenzialmente sulla base di meccanismi differenziati (...) può prospettarsi una questione di responsabilità>>»; d'altronde, A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 220, osserva che «l'opposizione atto-comportamento non può essere intesa in senso radicale, perché lo stesso atto è in realtà qualificabile come comportamento, ed in tale veste entra a comporre la fattispecie dell'illecito. L'autonomia reciproca di illiceità ed illegittimità (...) non può affermarsi se entrambe le qualificazioni ineriscono all'identico complesso comportamentale "materiale", ma presuppone che fattori comportamentali rilevanti sul piano della illiceità non siano tali sul piano dell'illegittimità. Il comportamento tenuto dalla p.a. nell'esercizio del potere (...) è oggetto di pluriquificazione, (...) esso è quindi, allo stesso tempo, illegittimo ed illecito>>»; per la valorizzazione in tale ottica del principio di correttezza, S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale, Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 536; per una ricostruzione sul punto, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 228, il quale, peraltro, afferma, in sintesi, che «l'esistenza di due nuclei comportamentali distinti dal provvedimento anche se ad esso variamente riconducibili sottolinea l'utilità concettuale di una nozione generale di comportamento capace di ricomprendere in sé l'intera gamma delle manifestazioni agitive – funzionalizzate – della pubblica amministrazione>>», nonché sostiene come «anche in una prospettiva di diritto globale – nella quale l'azione è destinata a svolgersi spesso anche in maniera informale – la nozione di comportamento può rivelare una specifica utilità concettuale>>».

<sup>66</sup> F. G. COCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, cit., pp. 443 ss.; Cons. St., ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, che ricostruisce il rapporto giuridico amministrativo in termini di relazione fra situazioni giuridiche soggettive entrambe attive, onde non assimilabili ad un mero rapporto obbligatorio di diritto civile.

<sup>67</sup> A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1998; A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, cit.

<sup>68</sup> Le classificazioni delle situazioni giuridiche soggettive sono molteplici. In tale sede si è usato il concetto di posizione attiva per predicare la qualificazione in termini di vantaggio della situazione. Tuttavia, si precisa come vi siano anche ricostruzioni che distinguono fra posizioni attive e di vantaggio. In particolare, all'interno del genere delle situazioni di vantaggio si distingue fra posizioni attive e passive, a seconda, rispettivamente, che il bene della vita debba essere conseguito o sia da conservare. Tale impostazione fa leva, quindi, sul carattere dinamico o statico dell'interesse correlato al substrato materiale del bene della



In particolare, proseguendo il percorso intrapreso dalla giurisprudenza, in specie proprio sul danno da provvedimento favorevole poi annullato<sup>69</sup>, sembra possibile prefigurare una ricostruzione della nozione di interesse legittimo in senso dinamico-relazionale, tale da intercettare la metamorfosi, ancora in corso, del diritto amministrativo<sup>70</sup>. Ponendosi in questa prospettiva, la situazione giuridica soggettiva del privato in rapporto dialogico con il potere amministrativo si presenta unitaria, in considerazione della natura di fattispecie a formazione progressiva del provvedimento, frutto finale dell'esercizio della posizione del soggetto pubblico. Tenendo necessariamente assieme i due termini della relazione intersoggettiva, infatti, si riscontra il carattere procedimentale dell'estrinsecazione di ambedue le situazioni giuridiche, almeno sul piano fisiologico<sup>71</sup>, così da poter affermare l'esistenza di posizioni globali, alla stessa stregua di quanto avviene, secondo autorevole dottrina<sup>72</sup>, nel diritto processuale<sup>73</sup>. Ciò comporterebbe che anche prima dell'adozione

---

vita. Sul tema, si rinvia, tra gli altri, a S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 64 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1966, pp. 69 ss.

<sup>69</sup> Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19; Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20; Cons. St., ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.

<sup>70</sup> La ricostruzione che si prospetta vorrebbe, orbene, ragionare sul rapporto amministrativo, intercorrente fra potestà ed interesse legittimo, ponendo in evidenza il carattere dinamico e relazionale del medesimo. Sul punto, in particolare, si veda V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, cit., il quale in modo condivisibile osserva che «<il rapporto giuridico, al quale è connaturale l'idea di relazionalità,>> coglie «<adeguatamente l'aspetto dinamico della realtà giuridica>>. Tra i numerosi Autori che hanno rilevato la trasformazione in discorso, si vedano, sotto differenti profili, W. GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Codice dell'azione amministrazione*, di M. A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Giappichelli, Torino, 2008; N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 4, pp. 1605 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal- democratico*, in *Dir. Pubbl.*, 2009; A. CALEGARI, *La concezione liberale del diritto amministrativo in Leopoldo Mazzaroli*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2015, pp. 2-3; A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, cit.; per una riflessione su talune recenti novità inserite nella legge generale sul procedimento amministrativo, che sottolinea come si punti a rafforzare la certezza dei mercati, si veda F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, VI, pp. 772 ss.

<sup>71</sup> V. CERULLI IRELLI, *Per uno statuto costituzionale sulla pubblica amministrazione (Da alcune sentenze costituzionali del presidente Coraggio)*, in *Dir. pubb. com.*, 2022, p. 207; M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, cit.

<sup>72</sup> Per la ricostruzione del rapporto giuridico processuale avente quali termini situazioni giuridiche soggettive globali, si veda, in particolare, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 30 ss.

<sup>73</sup> In particolare, si può osservare che, in modo analogo a come il diritto di azione nel diritto processuale è rappresentato dalla pretesa ad un provvedimento giurisdizionale nel merito, all'esito di un processo, l'interesse legittimo è costituito dalla pretesa ad un provvedimento amministrativo nel merito, all'esito di un procedimento. In ambedue i casi vi è incertezza sul risultato, cosicché il bene della vita che si intende conservare od acquisire incarna l'obiettivo ultimo della tensione del soggetto nei confronti dell'oggetto della posizione giuridica. Sul punto, F. G. COCA, *L'interesse legittimo - Storia e Teoria*, cit., p. 416,



# AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dell'atto autoritativo il rapporto di diritto pubblico sia articolato secondo lo schema potere-interesse legittimo, essendo questa la struttura individuata previamente in astratto dal legislatore per regolare l'intero procedimento amministrativo. Ne conseguirebbe che i cosiddetti interessi procedurali siano da riguardare come facoltà componenti la situazione giuridica soggettiva globale del consociato, avente la consistenza di interesse legittimo. Le pretese partecipative non potrebbero essere considerate diritti soggettivi autonomi e distinti dall'interesse legittimo, poiché quest'ultimo, stante l'asserita dimensione omnicomprensiva e relazionale, sarebbe costituito da plurime componenti, fra cui anche le predette facoltà endoprocedimentali. L'interesse legittimo, in sintesi, andrebbe visto come un atomo in cui sono racchiuse tutte le subsituazioni di vantaggio di titolarità del cittadino: in primo luogo, vi sarebbe un nucleo costituito dal bene della vita, oggetto materiale della posizione soggettiva; in secondo luogo, attorno a tale centro di gravità, ruoterebbero, quale corollario, ulteriori pretese prodromiche e/o strumentali all'oggettività giuridica finale che si intende conservare o conseguire<sup>74</sup>.

Quest'ultime componenti della situazione globale del privato si porrebbero in relazione con il potere *in fieri*, in cui predomina il profilo di doverosità presente nell'agire amministrativo. Dunque, tali aspetti intrinseci dell'interesse legittimo si dovrebbero ritenere intangibili, dovendo l'amministrazione fisiologicamente soddisfare le istanze del cittadino. Invece, con riferimento alla componente centrale rappresentata dal bene della vita principale si dovrebbe ammettere la sacrificabilità in nome dell'interesse pubblico.

L'interesse legittimo globale sarebbe così pluristrutturato e polifunzionale.

Da una parte, vi sarebbe, sul piano funzionale, l'interesse positivo al substrato materiale, già presente o che si vuol far penetrare nella propria sfera giuridica, strutturalmente corrispondente al nucleo della posizione. Questo interesse sarebbe tutelato in modo relativo e condizionato, stante il dialogo con l'interesse pubblico.

---

afferma che il provvedimento favorevole <<è, a conclusione del procedimento, la decisione di merito che soddisfa o non soddisfa l'interesse effettivo>>, mentre il <<bene della vita (...) si realizza (o non si realizza) soltanto come effetto del provvedimento>> medesimo.

<sup>74</sup> Cons. St., ad. pl., 2 aprile 2020, n. 10, che, pur occupandosi di accesso civico, sottolinea come l'interesse strumentale possa essere configurato come <<bene della vita intermedio secondo quel "polimorfismo" del bene della vita>> cui <<tende per graduali passaggi l'interesse legittimo>>.





## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Va precisato, nondimeno, che non vi sarebbe, comunque, una sfera di libertà per l'amministrazione, secondo la logica, tratteggiata in dottrina, della "ciambella"<sup>75</sup>, poiché l'interesse del privato deve far parte dello schermo della discrezionalità amministrativa<sup>76</sup>. In particolare, secondo la logica che ha contraddistinto la genesi del diritto amministrativo e della sua giustizia, si vorrebbe proporre una ricostruzione che scovi l'essenza dell'interesse legittimo, quale conquista di una garanzia non spettante al privato senza questa figura peculiare, nell'assenza di un buco nella menzionata ciambella, restando nella metafora. Infatti, il sottile confine fra merito e legittimità, discrezionalità ed eccesso di potere, pare passare proprio nell'esperienza dell'agire amministrativo prima, e del giudizio amministrativo poi, per mezzo della concretizzazione dei principi e delle clausole generali che riconoscono una pretesa al consociato, da cui deriva l'assenza di vuoti di tutela, che comunque è assoggettata al compromesso solidaristico<sup>77</sup> che permea

---

<sup>75</sup> Per l'evocativa immagine della "ciambella col buco", che ha l'indubbio merito di profilare una unitarietà della situazione soggettiva giuridica del privato al cospetto del potere pubblico, si veda C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008, secondo cui la posizione giuridica soggettiva di pertinenza del privato sarebbe rappresentabile con la suddetta immagine, dal momento che il consociato sarebbe protetto in modo assoluto ed incondizionato quanto alla propria pretesa alla correttezza nei confronti dell'amministrazione, mentre sarebbe privo di garanzie nel centro della stessa ciambella, essendo tale spazio perforabile *ad libitum* dal soggetto pubblico. Tale ultimo vuoto, dunque, corrisponderebbe alla libertà riservata all'amministrazione, consistente nel merito insindacabile.

<sup>76</sup> Sul rilievo dell'interesse del privato nell'esercizio del potere discrezionale, si veda, tra gli altri, V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023, 265, secondo cui «la pubblica amministrazione (...) deve, comunque, comparare gli interessi pubblici con l'interesse privato che deve essere considerato nell'esercizio del potere discrezionale. La rilevanza della posizione del privato emerge in modo evidente se si utilizza, quale criterio per sindacare la discrezionalità, il principio di proporzionalità, il quale obbliga l'amministrazione ad adottare il provvedimento che sia adeguato, necessario e proporzionato in senso stretto, nel senso che l'attuazione dell'interesse pubblico deve avvenire con il minore sacrificio dell'interesse del privato». Sul fondamentale tema del rapporto tra libertà e discrezionalità, nonché fra merito e legittimità, si rinvia a A. AMORTH, *Il Merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; P. M. VIAPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Cedam, Padova, 2003; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Diritto Comparato*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1948; S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Giappichelli, Torino, 2018; A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, I, pp. 29 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, UTET Giuridica, Torino, 1960; A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984; F. M. NICOSIA, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Vol. 1: Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa <<non discrezionale>>*, Jovene, Napoli, 1991

<sup>77</sup> In ordine al richiamato compromesso solidaristico, si ricordino le osservazioni di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 124, per il quale «la norma, con l'attribuzione e la delimitazione del potere, tutela insieme l'interesse pubblico e gli interessi privati», cosicché «da questo meccanismo discende che l'interesse pubblico, essendo tutelato attraverso l'esercizio del potere, è tutelato





## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

l'ordinamento, in cui nessun interesse è tiranno, ma sempre bilanciabile in modo armonico con i suoi simili<sup>78</sup>. In definitiva, si vorrebbe tratteggiare una ciambella priva di buco, perché ogni sua parte è tutelata, sebbene con diverse intensità, ma perforabile nel suo centro, potendo il bene della vita non essere conservato o non essere conseguito dal privato, secondo moduli d'azione controllabili, in nome dell'interesse pubblico, quale canonizzazione della sommatoria di interessi provenienti dal basso e protetti dall'amministrazione. L'interesse legittimo, così, incrementa la tutela, andando oltre ciò che al privato è riconosciuto grazie al solo diritto soggettivo.

Dall'altra parte, vi sarebbero plurimi interessi, negativi e positivi, che, funzionalmente strumentali alla protezione del nucleo, sarebbero collocati, sul terreno strutturale, nell'orbita di quest'ultimo. In quest'ambito andrebbero annoverate le facoltà procedimentali e la pretesa alla correttezza dell'amministrazione. Tali subposizioni soggettive avrebbero una tutela assoluta ed incondizionata, non essendo in bilanciamento con l'interesse pubblico.

Assumendo questa impostazione interpretativa, si potrebbe prospettare, allora, che la pretesa alla buona fede oggettiva costituisca una parte di interesse legittimo, e, segnatamente, una parte inscalfibile in rapporto con la componente doverosa del potere. Ne risulterebbe che, in caso di comportamento dell'amministrazione in contrasto con il principio di affidamento, tale da integrare un illecito da scorrettezza, come nell'ipotesi assimilabile all'art. 1338 c.c., in cui vi è un provvedimento favorevole illegittimo successivamente annullato, la posizione giuridica soggettiva lesa sia l'interesse legittimo olisticamente inteso<sup>79</sup>.

---

immediatamente e pienamente (necessariamente), mentre l'interesse privato, essendo tutelato anch'esso attraverso l'esercizio del potere, risulta tutelato mediatamente ed eventualmente: non sempre, infatti, l'esercizio del potere soddisfa l'interesse del privato>>.

<sup>78</sup> F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 13 ss.

<sup>79</sup> Per un'acuta ricostruzione in cui si mette in evidenza come la configurazione del rapporto amministrativo, nell'ottica del contatto sociale, in termini di mera relazione obbligo-diritto soggettivo rischi di risultare parziale, si veda V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, cit., il quale nota che << il contatto diventa (...) l'archetipo delle relazioni paritarie tra cittadino ed amministrazione, governato dal principio di buona fede, che in ultima analisi è ricondotto al dovere costituzionale di solidarietà, e il binomio diritto-obbligo è assunto a paradigma delle situazioni giuridiche che intercorrono tra cittadino ed amministrazione>>. Si aggiunge poi, condivisibilmente, che <<queste proposizioni, tuttavia, pur guidate da un condivisibile intento garantistico, rischiano di trascinare in una visione individualistica del rapporto tra cittadino e comunità. Accantonato l'interesse generale, quale espressione dei bisogni della collettività di riferimento, gli interessi considerati rilevanti diventano quelli soggettivistici dell'amministrazione e del privato. Della solidarietà, direttiva assiologica per l'individuazione dell'interesse, se ne esalta, invece, la più limitata portata formale e comportamentale>>. Pare quindi più corretto inglobare la buona fede e la correttezza all'interno della potestà amministrativa, funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico e, dunque, di una serie composita di interessi pur sempre riferibili in ultima analisi alla comunità amministrata. La portata della buona fede, peraltro, si apprezza anche in relazione ai contatti <<informali>> che possono intercorrere fra autorità e cittadino. Si veda sempre *Ibidem*, il quale auspica di << conferire rilevanza nel



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La conseguenza sistematica ulteriore di un siffatto orientamento consisterebbe appunto nell'ampliare la portata della giurisprudenza costituzionale in materia di comportamento amministrativo, liberando questa nozione dall'angusto campo di operatività del riparto di giurisdizione, per giungere a costituire una categoria idonea a sintetizzare, in senso connotativo, lo statuto dell'operazione di cura in concreto dell'interesse pubblico, colorandolo con le regole proprie del rapporto di diritto amministrativo instaurantesi nel procedimento fra potere ed interesse legittimo, ove il principio di buona fede riveste un pregnante ruolo precettivo<sup>80</sup>.

---

procedimento a comportamenti non tipizzati normativamente, cioè, di configurare nel procedimento una pluralità di atti e comportamenti che la dottrina ha definito «informali»>>. L'Autore osserva, peraltro, che << non si può, invero, negare che nel concreto atteggiarsi del singolo procedimento amministrativo vengono, dal cittadino e dall'amministrazione, compiuti atti e adottati comportamenti non riconducibili a quelli tipizzati dalla legge e dalla normativa di dettaglio: si pensi a scambi epistolari, ad informazioni orali, ad accordi verbali, ai quali l'insegnamento tradizionale ha negato efficacia giuridica, salvo la verifica della loro liceità. Riconoscere, invece, l'applicazione del principio di buona fede nel procedimento comporta l'attribuzione di rilevanza a questi comportamenti informali, soluzione che non appare smentita dal dato positivo, come si può evincere dalla previsione normativa del procedimento informale di accesso ai documenti amministrativi>>.

<sup>80</sup> Tra i vari, in particolare, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., in cui si sostiene che il principio di buona fede costituisce il principale strumento regolatorio dell'agire amministrativo procedimentale, riguardato nella sua interezza.