

MICHELE TRIMARCHI

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il dipartimento di giurisprudenza
dell'Università di Foggia

michele.trimarchi@unifg.it

BUONA FEDE E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

FAIRNESS AND ADMINISTRATIVE LIABILITY

SINTESI

L'articolo indaga i fondamenti della responsabilità della pubblica amministrazione per condotte contrarie alla buona fede, una forma di responsabilità indipendente dall'adozione di atti amministrativi illegittimi. L'attenzione è in seguito rivolta alle condizioni in presenza delle quali tale responsabilità si può configurare nello sviluppo del rapporto amministrativo e sul relativo regime giuridico. Nell'ultima parte l'articolo argomenta la natura extracontrattuale della responsabilità derivante dalla violazione della buona fede e si sofferma sull'assetto del riparto della giurisdizione.

ABSTRACT

The paper deals with the foundations of public administration liability for conduct contrary to fairness, a liability that may arise without any illegitimate act being taken. The attention is then turned to the requirements of this type of liability and on the related legal regime. In the last part, the article argues the non-contractual nature of the administrative liability and focuses on the structure of the division of jurisdiction.

PAROLE CHIAVE: responsabilità, buona fede, rapporto, risarcimento, affidamento

KEYWORDS: liability, fairness, relationship, compensation, legitimate expectation

INDICE: 1. La buona fede oggettiva nel diritto privato come regola di responsabilità. - 2. La buona fede oggettiva nel diritto amministrativo come regola sulla decisione, prescritta a pena di invalidità. - 3. (segue) e la sua crisi. - La buona fede come regola di condotta sanzionata con la responsabilità. - 5. La responsabilità per violazione della buona fede. Aspetti generali. - 6. L'ambito della responsabilità per violazione della buona fede e i pregiudizi risarcibili. - 6.1. La responsabilità per violazione della buona fede all'interno del procedimento. - 6.2. La responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto

sorto per effetto del provvedimento favorevole. 7. Natura e regime della responsabilità derivante dalla violazione della buona fede. - 8. Riparto di giurisdizione e situazioni giuridiche soggettive.

1. La buona fede oggettiva nel diritto privato come regola di responsabilità

La buona fede oggettiva in diritto privato¹ è una clausola generale che, per il tramite di una delicata operazione di completamento della fattispecie da parte del giudice², esprime regole di condotta sia nelle trattative precontrattuali

1 La buona fede oggettiva, cioè il comportarsi secondo buona fede come sinonimo di correttezza, va distinta dalla buona fede soggettiva, cioè l'essere in buona fede, che rileva in disposizioni come gli artt. 251, 535, comma 3, 1147, 1479 c. c., e dalla buona fede come criterio di interpretazione del contratto.

Sulla distinzione tra buona fede come fatto giuridico psichico (c.d. buona fede soggettiva), buona fede come norma e criterio di qualificazione di comportamenti umani (c.d. buona fede oggettiva) e buona fede come “criterio che interessa in tema di nessi tra fatti giuridici e vicende di rapporti giuridici” v. R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 15 s.. Nella dottrina amministrativistica F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, rist. in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni 'trenta' all' 'alternanza'*, Milano, 2001, da cui si cita; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 20 s.; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 136, con riferimenti alla dottrina civilistica, per la cui completa ricostruzione cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 1 ss.

2 Secondo una lettura accreditata (V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 28 ss., 66 s.) le clausole generali non sono norme ma “termini o sintagmi di natura valutativa contenuti in enunciati normativi” il cui tratto distintivo è l'indeterminatezza, cioè il fatto che il significato del termine è determinabile solo facendo ricorso a criteri potenzialmente in conflitto tra loro. La c.d. integrazione valutativa che le clausole generali richiedono – e che differisce dall'interpretazione, anche accedendo all'idea che nella comune attività interpretativa il giudice operi con discrezionalità, ossia esercitando un potere di scelta tra più opzioni fornite dal testo – consiste proprio nella scelta tra i criteri di giudizio concorrenti, in altre parole nella scelta dello *standard* valutativo. Lo *standard* a propria volta può essere esterno al diritto, come normalmente la dottrina sulle clausole generali ritiene, ma anche interno, a seconda del modo in cui la clausola generale è formulata (ve ne sono alcune che richiedono di individuare il criterio all'esterno, mentre altre lasciano all'interprete la scelta). Secondo l'A., la buona fede lascia irrisolta la questione del criterio da applicare per determinarne il contenuto in concreto, in quanto “che un comportamento sia o meno contrario a buona fede può essere stabilito (in astratto) sia in base a criteri morali individuali, della morale sociale, sia in base ad accertamenti tecnici o attraverso il riferimento ad altre norme del sistema giuridico”.

Sul fatto che la clausola generale demanda al giudice l'individuazione di una porzione, più o meno estesa, del suo contenuto precettivo, che dunque non è rinvenibile nel testo dell'enunciato, secondo un procedimento che non è meramente interpretativo, sul presupposto che l'interpretazione, “per quanto incorpori una dose fisiologica di discrezionalità, si sviluppa sempre a partire da un testo che impone al giudice di tornare ad esso”: v. L. NIVARRA, “*Dentro*” e “*fuori*”. *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Europa e dir. priv.*, 2022, 94. Nella dottrina amministrativistica, sulle clausole generali, v. di recente L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, 1213 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.;

(art. 1337 cod. civ.) sia nell'esecuzione delle obbligazioni – nascenti dal contratto (art. 1375 cod. civ.) e, secondo l'opinione preferibile, anche da altra fonte (art. 1175 cod. civ.)³.

Nelle trattative precontrattuali il comportamento contrario a buona fede – cioè sleale – dà luogo a responsabilità (la rubrica dell'art. 1337 cod. civ. recita “Trattative e responsabilità precontrattuale”): responsabilità che sorge anche se il contratto stipulato è valido, in quanto la buona fede integra (*id est*: si aggiunge, senza esservi assorbita, al) le regole attinenti alla formazione del contratto prescritte ai fini della sua validità (ad es. quelle relative alla libera formazione del consenso)⁴.

Nell'esecuzione dell'obbligazione, la buona fede fonda “la pretesa che l'esercizio dei diritti scaturenti dal contratto, o l'adempimento degli obblighi con esso assunti, avvengano con modalità tali da non pregiudicare l'interesse di controparte in misura superiore a quanto necessario per soddisfare l'interesse proprio (quale consacrato nel regolamento contrattuale, e/o previsto da norme di legge), ma non può servire a far venire meno diritti che (validamente, e) lecitamente il contratto o la legge abbiano attribuito, oppure a creare obblighi”⁵.

Come nella formazione, dunque, anche nell'esecuzione del contratto la buona fede è fonte di regole di condotta sanzionate con la responsabilità (qui certamente da inadempimento, mentre la natura della responsabilità precontrattuale è notoriamente molto discussa)⁶.

M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 43 ss., *passim*.

3 L'art 1175 cod. civ. prescrive la correttezza nell'esecuzione dell'obbligazione, indipendentemente da quale ne sia la fonte. Se si ritiene che la “correttezza” menzionata all'art. 1175 abbia lo stesso significato della buona fede prevista dall'art. 1375 cod. civ., si può concludere che il principio di buona fede e correttezza opera nell'esecuzione di tutte le obbligazioni: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo 1, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, 7 s.

4 Cass. sez. un, 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725. In dottrina, per tutti, G. VETTORI, *Contratto e costituzione*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, Milano, 2021, 287.

5 G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, cit., 602.

6 Da ultimo L. NIVARRA, “Dentro” e “fuori”, cit., 66.

Parte della dottrina ha inteso assegnare alla buona fede anche il valore di regola di validità delle pattuizioni delle parti. Lo ha fatto attraverso una ardita “manovra interpretativa”⁷ che annovera la buona fede tra le fonti di integrazione del contratto, malgrado l’art. 1374 cod. civ. non la menzioni, unitamente all’affermazione che, essendo la buona fede regola inderogabile, le pattuizioni in contrasto sono inefficaci e la conservazione del contratto passa attraverso la sostituzione della clausola difforme da parte del giudice⁸.

La proposta di elevare la buona fede a regola di validità per via delle fonti di integrazione non sembra oggi accolta, in quanto pure chi ne accetta la funzione integrativa del contenuto del contratto⁹ precisa che la buona fede genera obblighi, accessori a quelli principali previsti dalle parti¹⁰, che non si possono porre “in un quadro di conflitto con l’atto di autonomia” e la cui violazione è sanzionata con la responsabilità¹¹.

Il tentativo di considerare la buona fede come regola di validità del contratto ha tratto nuova linfa dalle disposizioni, progressivamente introdotte sulla spinta del diritto europeo, che, in relazione ad alcuni tipi contrattuali, nei quali è più evidente l’asimmetria di potere negoziale tra le parti, attribuiscono al giudice poteri di valutazione dell’esistenza di abusi del contraente “forte” ai danni

7 Così la definisce L. NIVARRA, *Esecuzione del contratto*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, cit., 538.

8 S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 178 ss.

9 Contrari comunque C. SCOGNAMIGLIO, *L’integrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti in generale*, seconda ed., a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006, 1173 s.; G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 2, 39 ss.; L. NIVARRA, *Esecuzione*, cit., 539; osserva A. D’ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, cit., 622 s., che anche gli autori contrari alla manovra alla fine attribuiscono una qualche funzione integrativa alla buona fede.

10 Di cui peraltro è discussa la consistenza e l’intensità: A. D’ADDA, *Integrazione*, cit., 621 s., L. NIVARRA, *Esecuzione*, cit., 538 s.

11 A. D’ADDA, *Integrazione*, cit., 622 ss. L’opinione riflette la posizione della dottrina prevalente e della giurisprudenza: ad esempio Cass. civ., 6 agosto 2008, n. 21250, che da un lato esalta la funzione integrativa della buona fede, la quale “esplica la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge”, ma al contempo è ferma nel ritenere che “dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere *ex se*, ove provato, un danno risarcibile. Non sembra questa però la posizione di S. RODOTÀ, *op. cit.*, 178 ss.,

dell'altro nella determinazione del contenuto del contratto, e di conseguente integrazione del regolamento¹². Secondo una parte della dottrina, il controllo del giudice sull'atto di autonomia, previsto da queste disposizioni, sarebbe in realtà da ammettere in via generale poiché costituisce espressione della buona fede, che veicola nel contratto il principio costituzionale della solidarietà sociale. La buona fede così assurgerebbe a regola generale di validità del regolamento contrattuale in nome della c.d. giustizia contrattuale.

Tale prospettiva però non è stata avallata dalla giurisprudenza della Cassazione, che, pur sensibile all'integrazione del contratto tramite buona fede, ha escluso che il giudice, in assenza di espressa comminatoria legale, possa dichiarare la nullità o l'inefficacia, per violazione della buona fede, di clausole ritenute abusive o sproporzionate¹³. La dottrina, da parte sua, ha persuasivamente ribadito che la buona fede oggettiva non ha la funzione di assicurare la giustizia del regolamento contrattuale¹⁴ in quanto è prevista dal codice civile come regola di comportamento nelle trattative, dove è pacificamente sanzionata con la responsabilità, e come regola di esecuzione del contratto, attinente perciò allo svolgimento delle situazioni giuridiche nascenti dal contratto, non alla validità delle clausole che prevedono quei diritti e quindi alla esistenza dei medesimi¹⁵.

Si può allora affermare che, malgrado tendenze in senso opposto, la buona fede nel diritto dei contratti è e rimane una regola di condotta delle parti che contrattano o che eseguono il contratto, sanzionata con la responsabilità civile, precontrattuale o da inadempimento, e non regola di fattispecie, sanzionata con l'invalidità¹⁶.

12 Attraverso diverse tecniche e procedimenti, su cui A. D'ADDA, *Integrazione*, cit., 628 ss.

13 Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024; sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

14 Così invece Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

15 G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., 602.

16 Solo in casi specifici la buona fede può costituire parametro di validità di clausole contrattuali. La dottrina ritiene che sarebbe invalida la clausola inserita dalle parti nel regolamento contrattuale che escludesse *tout court* l'operare della buona fede; e che potrebbe anche dubitarsi della validità della clausola "che precluda l'operare di specifici obblighi accessori che il giudice avrebbe potuto inferire dalla clausola generale di buona fede con riferimento al tipo di operazione contrattuale voluta dalle parti": A. D'ADDA, *Integrazione*, cit., 625 s. In senso analogo E.

La ragione è che l'autonomia privata – pur considerata nella sua dimensione di libertà regolata e finanche conformata dal diritto – non tollera che, al di fuori dei casi in cui la legge lo preveda espressamente, sia attribuito al giudice il potere di dichiarare invalide ed inefficaci le pattuizioni delle parti per contrasto con una regola dal contenuto indeterminato e indeterminabile, se non caso per caso, come la buona fede.

La stessa ragione è tradizionalmente addotta a sostegno della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità del contratto¹⁷: una distinzione che, proprio alla luce del trattamento giuridico delle violazioni della buona fede, sembra da accogliere¹⁸, tuttavia con la precisazione che esistono anche regole di comportamento sanzionate con l'invalidità (ad es., quelle che si traducono in un vizio del consenso)¹⁹.

2. La buona fede oggettiva nel diritto amministrativo come regola sulla decisione, prescritta a pena di invalidità

Secondo l'impostazione tradizionale, la buona fede è estranea al regime giuridico dell'attività amministrativa c.d. autoritativa²⁰ poiché è incompatibile con il vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico²¹ e, comunque, presuppone un rapporto paritario tra due soggetti²².

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 466 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 501. Osserva L. NIVARRA, "Dentro" e "fuori", cit., 65, che in questi casi la buona fede "opera, per così dire, in blocco, nel senso che essa qui non richiede di venire concretizzata [dal giudice] in sede applicativa".

17 Su cui G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, *passim*; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss. Nella dottrina amministrativistica L. LORENZONI, *op. cit.*, 182 ss.

18 Una autorevole critica, alla luce del regime delle nullità di protezione di derivazione europea, è in V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 378 ss., 391 ss.

19 G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 7, 735 s.

20 Sul punto ampiamente F. MANGANARO, *op. cit.*, 39 ss.

21 E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H.Schmitt*, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre, Berlin 1935, in *Arch. giur. dir. pubbl.*, 1936, 562.

22 M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 373 s.

Entrambe le obiezioni sono superate da tempo. Di quella fondata sull'incompatibilità della buona fede con il perseguimento dell'interesse pubblico è stato messo in rilievo il carattere ideologico²³. Che la buona fede inerisca esclusivamente a rapporti paritari è invece una pretestuosa generalizzazione dell'*id quod plerumque accidit* nel diritto privato²⁴, poiché anche lì esistono casi in cui la buona fede opera a prescindere da un rapporto obbligatorio²⁵.

Così superati i presunti ostacoli, si ritiene che la buona fede sia applicabile nel diritto pubblico in quanto il suo fondamento è non nelle disposizioni privatistiche che vi fanno espresso riferimento²⁶, bensì nella tradizione romanistica che informa tutto il sistema giuridico vigente, oppure nella Costituzione²⁷;

23 F. MERUSI, *op. cit.*, 118-120, cfr. F. MANGANARO, *op. cit.*, 40 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 254 s.

24 F. MERUSI, *op. cit.*, 120, più analiticamente 139-141, dove si dimostra che la buona fede in realtà non sempre presuppone un rapporto obbligatorio.

25 Si può qui tralasciare se l'operatività della buona fede in queste ipotesi giustifichi la figura dell'interesse legittimo in diritto privato: in questo senso notoriamente L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967, 64 ss.; *contra*, ad esempio, A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico*, in *Colloqui sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Milano 19 aprile 2013, Napoli, 2014, 83, secondo cui "dal momento che ogni rapporto deve essere comunque assoggettato al principio della buona fede oggettiva [...] l'interesse legittimo non aggiunge nulla all'obbligo, già presente a carico del titolare del c.d. potere privato, di proteggere la sfera della controparte subordinata".

26 Poiché la buona fede è un principio generale dell'ordinamento, non è corretto far questione di trasposizione nel diritto pubblico di un principio di diritto privato: F. MANGANARO, *op. cit.*, 49 ss.

27 Divergono le opinioni in ordine al c.d. fondamento del principio. Alcuni Autori lo individuano in disposizioni costituzionali (F. MANGANARO, *op. cit.*, 113 s., nella "solidarietà politica, economica e sociale" di cui all'art. 2 Cost.; da ultimo F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 22, ricava la vigenza del principio di buona fede dell'azione amministrativa all'interno del procedimento direttamente dagli articoli 2, 3 e 97 della Costituzione; G. M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, 1533 s., individua il fondamento del diritto alla correttezza dell'amministrazione nell'art. 28 Cost., in quanto "La responsabilità «secondo le leggi civili» (art. 28 Cost.) richiama il principio di correttezza e buona fede come integrato dagli artt. 2 e 97 Cost."), mentre altri ritengono che la ricerca del fondamento costituzionale sia riduttiva e impropria in quanto la buona fede è "un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti [...] uno dei principi cardine del pensiero giuridico occidentale, creazione del diritto romano [...]" (F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., 8). Intermedia la posizione di A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 122 s., secondo cui "la collocazione del principio di affidamento è dunque oggi certamente costituzionale. Anche se ormai è comune ricondurre anch'esso all'art. 3 Cost., non vi è una disposizione costituzionale che lo rappresenti o la garantisca puntualmente, ma la stessa lettura delle norme costituzionali viene orientata sulla base di tale principio: ciò in definitiva ne dimostra in

del resto – è stato rilevato – “alle origini del diritto romano, l’istituto della *fides* riguardava proprio rapporti di tipo non paritario, cioè rapporti giuridici in cui una delle parti esercitava un potere di supremazia sull’altra ed è in questo ambito che la buona fede veniva generalmente riconosciuta come limite all’esercizio del potere”²⁸.

Diversamente che nel diritto privato, in diritto amministrativo non vi è in teoria ostacolo a includere la buona fede tra le regole sulla decisione, incidenti sul contenuto del provvedimento, sanzionate con l’invalidità-annullabilità.

Ed infatti, il controllo generalizzato del contenuto dell’atto sulla base di regole non scritte di elaborazione prevalentemente giurisprudenziale, che in diritto privato si vuol evitare espungendo la buona fede dalle regole di validità del contratto, è un elemento caratterizzante del regime del provvedimento amministrativo, il quale proprio per questa ragione non è espressione di autonomia ma di discrezionalità²⁹.

La struttura aperta della legalità amministrativa, composta (almeno tradizionalmente) più da principi che da puntuali regole scritte, è il terreno congeniale all’operatività delle clausole generali che favoriscono l’integrazione in via giudiziale del diritto obiettivo³⁰. Ed in effetti la buona fede si è affacciata nel diritto amministrativo proprio come regola di validità.

In particolare, si è ritenuto che il risalente orientamento giurisprudenziale secondo cui l’illegalità dell’atto non è sufficiente a legittimarne l’annullamento

misura ancora maggiore la rilevanza e l’incidenza”.

28 F. MANGANARO, *op. cit.*, 47 s., il quale prosegue osservando che, pertanto, “la tutela della buona fede è più necessaria nel diritto amministrativo che in quello privato”.

29 Sul piano teorico si può anche accettare l’idea che autonomia e discrezionalità siano nozioni giuridiche congeneri, nel senso che la distinzione è di natura quantitativa e non qualitativa, derivando dalla maggiore intensità dei vincoli propri della discrezionalità su chi la esercita; ma, foss’anche solo per queste ragioni di carattere quantitativo, la distinzione è comunque da accogliere in quanto riflette il diverso tessuto costituzionale in cui si muovono i privati e la pubblica amministrazione (per tutti G. CORSO, *Validità* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 93 ss.).

30 Sulla struttura e sulla logica del sindacato sul provvedimento condotto alla stregua di principi e clausole generali, opportunamente distinte, v. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 275 ss., 317 ss.

d'ufficio, occorrendo altresì che l'interesse pubblico concreto all'annullamento prevalga sulla situazione di vantaggio eventualmente consolidatasi a favore del privato, potesse trovare adeguato fondamento concettuale proprio nella buona fede obiettiva³¹: la quale, nella accezione di divieto di contraddirsi rispetto a precedenti comportamenti, integra il paradigma legale del provvedimento e, per questa via, impone all'amministrazione di considerare nella ponderazione degli interessi, da svolgersi secondo il criterio della ragionevolezza, anche l'affidamento del cittadino sorto da un precedente atto dell'amministrazione. Se la decisione è assunta senza una ragionevole considerazione dell'affidamento, il provvedimento è illegittimo per eccesso di potere³².

In seguito la dottrina, riprendendo in parte impostazioni risalenti³³, ha rilevato che la buona fede è un principio generale dell'attività amministrativa che opera non solo in funzione di tutela dell'affidamento generato nel cittadino da un precedente provvedimento dell'amministrazione, ma anche come regola sulla formazione della decisione³⁴. In questa veste la buona fede consente al giudice di controllare le scelte compiute dall'amministrazione, in particolare sotto il profilo della completa acquisizione degli interessi coinvolti nella decisione, a fronte della (supposta) insufficienza del riferimento ai principi costituzionali e della legge quali parametri del sindacato sulla discrezionalità³⁵.

Più in generale, se si definisce la buona fede oggettiva come dovere del soggetto di agire correttamente nel rapporto con gli altri soggetti con i quali viene in contatto³⁶, è chiaro che molti dei principi della funzione amministrativa

31 F. MERUSI, *op. cit.*, 104.

32 F. MERUSI, *op. cit.*, 199 ss.

33 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, 274 ss., *passim*, che individua nella buona fede il principio regolatore della funzione amministrativa, concepita come un rapporto di collaborazione tra amministrazione e cittadini. Altresì, sia pur in altra prospettiva, A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 85, che ascrive la buona fede ai principi della funzione.

34 F. MANGANARO, *op. cit.*, 64.

35 F. MANGANARO, *op. cit.*, 169.

36 SALV. ROMANO, *Buona fede* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 680.

vi appaiono genericamente riconducibili³⁷: e poiché la violazione di questi principi, secondo un'impostazione consolidata, dà luogo ad eccesso di potere³⁸, il passo è breve per prospettare la buona fede come fondamento comune a diverse ipotesi di eccesso di potere, dunque indirettamente come regola di validità dell'intera azione amministrativa³⁹.

3. (segue) e la sua crisi

Uno sguardo critico al diritto positivo contemporaneo induce a ritenere che oggi è minimo, per non dire inesistente, lo spazio che si può assegnare alla buona fede come regola sulla decisione amministrativa sanzionata dall'invalidità⁴⁰.

Il ruolo propulsivo della buona fede nella tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti degli atti di ritiro non può essere disconosciuto, sebbene oggi sia diffusa l'osservazione che l'obbligo di contemperare i diversi interessi coinvolti nella decisione, quindi anche l'interesse contrario all'annullamento di

37 Che regole del diritto amministrativo come il dovere di motivazione, la proporzionalità, etc. siano espressione del principio di correttezza o buona fede oggettiva risulta confermato anche dal fatto che il giudice civile, quando si trova ad applicare regole dal contenuto sostanzialmente analogo nella materia contrattuale, le considera proprio corollari del principio di correttezza: L. LORENZONI, *op. cit.*, 188 ss.

38 Si allude naturalmente a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di dir. pubbl.*, 1950, 5, 1, 22 ss. per il quale però i principi della funzione, la cui violazione determina eccesso di potere, sono espressione non della buona fede ma della ragionevolezza.

39 V. C. CUDIA, *op. cit.*, 254 ss. Anche G. M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, 1530 ss., ritiene che la correttezza e la buona fede possano assumere rilievo quali parametri per l'individuazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, secondo l'art. 97 Cost. e l'art. 1, l. n. 241/1990.

Per alcuni esempi di rilevanza della buona fede come regola di legittimità, la cui violazione determina eccesso di potere, v. anche F. G. COCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario a buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. III, Padova, 2003, 476, dove anche l'osservazione che tale rilevanza "discende direttamente alla collocazione del principio di buona fede nello statuto dell'attività amministrativa e dalla regola fondamentale secondo cui la difformità dallo statuto determina l'annullabilità del provvedimento".

40 *Contra* L. LORENZONI, *op. cit.*, 207 ss.; tuttavia gli esempi riportati dall'A. nella sua accurata indagine sembrano mostrare che la buona fede è criterio interpretativo delle regole di legittimità dell'azione amministrativa, non dunque una regola di legittimità in sé.

cui è titolare il destinatario del provvedimento favorevole, è in realtà una regola generale della discrezionalità amministrativa; anzi ne costituisce l'essenza, e che pertanto la buona fede non aggiunge nulla al normale bilanciamento⁴¹.

Tuttavia con l'entrata in vigore degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, la legislazione sull'attività amministrativa ha fatto propri tutti i limiti al ritiro del provvedimento che in precedenza si potevano, dovevano desumere, ed erano stati desunti, dalla buona fede oggettiva: così l'obbligo di "tener conto" dell'interesse dei destinatari del provvedimento favorevole, e comunque dei controinteressati all'annullamento; così il divieto di pronunciare l'annullamento oltre un "termine ragionevole" (regole applicabili per interpretazione analogica alla revoca, la cui disciplina comunque segnala la rilevanza dell'affidamento laddove prevede la monetizzazione del suo legittimo sacrificio tramite la corresponsione di un indennizzo: art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990).

Ciò comporta l'estromissione della buona fede dal paradigma di validità degli atti di ritiro in quanto l'annullamento o la revoca adottati in violazione delle previsioni legislative poste a tutela dell'affidamento sono illegittimi per violazione delle disposizioni stesse, non per violazione della buona fede. Né si può dire che il provvedimento viola la buona fede in quanto i limiti previsti dal-

41 F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 823 ss.; C. CUDIA, *op. cit.*, 257, secondo la quale l'affidamento nell'accezione comune "non presenta alcun valore aggiunto rispetto al diritto alla ponderazione degli interessi che scaturisce immediatamente dalla costruzione dell'annullamento d'ufficio come potere discrezionale di amministrazione attiva". Tuttavia A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit., 131, pone in rilievo che il principio dell'affidamento comporta che l'interesse del privato abbia un peso diverso, e maggiore, nell'ambito della valutazione discrezionale.

Già A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, 111 ss., 118, obiettava a Merusi che, se la buona fede come limite agli di ritiro comportasse soltanto un obbligo di ponderazione tra l'interesse pubblico e l'interesse dell'affidatario, la tutela della buona fede si esaurirebbe nel corretto esercizio del potere discrezionale. L'A. ritiene che la buona fede comporta la "tendenziale conservazione delle posizioni acquisite", nel senso che i diritti acquisiti costituiscono un limite alla determinazione discrezionale: A. MANTERO, *op. cit.*, 143 s. Osserva esattamente F. MANGANARO, *op. cit.*, 70, che "anche la teoria in oggetto finisce con l'identificare la tutela della buona fede in un obbligo di ponderazione tra interessi diversi" giacché "in sostanza, l'amministrazione agirebbe correttamente e in buona fede se, nel compiere una scelta, tenessero conto dei diritti acquisiti dai privati, in forza di una sua precedente attività".

la legge costituiscono espressione di questo principio: trattasi di affermazione giuridicamente inutile (se non pericolosa, perché rischia di ricondurre all'eccesso di potere stati viziati del provvedimento che in realtà integrano violazioni di legge) e teoricamente inappropriata, se è vero che la funzione delle clausole generali come la buona fede è quella di integrare il diritto scritto, non di sostituirvisi⁴². Le modifiche dell'art. 21-*nonies* e 21-*quinquies* intervenute ad opera della legge n. 124 del 2015, e altre che si sono succedute sulla stessa falsariga (l. n. 108 del 2021), hanno introdotto ulteriori limiti agli atti di ritiro, sino ad allora mai desunti dalla buona fede oggettiva e, probabilmente, da questa non desumibili: soprattutto la regola che l'amministrazione decade dal potere di annullare d'ufficio il provvedimento favorevole trascorsi (prima 18, ora) 12 mesi dalla sua adozione, fermo restando che pure prima di questo termine il tempo trascorso può rendere irragionevole l'annullamento d'ufficio; e il divieto di revocare un provvedimento inopportuno sin dall'origine.

La logica di queste previsioni non è quella di obbligare l'amministrazione ad immettere nella valutazione discrezionale l'interesse del destinatario del provvedimento favorevole, ma di vietare l'adozione dell'atto di ritiro in via astratta e generale: non dunque una valutazione di correttezza, da compiersi caso per caso, secondo le caratteristiche della buona fede, ma un divieto astratto e generale posto a presidio della stabilità del provvedimento, in una prospettiva più congeniale ai valori della certezza del diritto intesa come sicurezza della stabilità delle relazioni⁴³.

Complessivamente, quindi, si può dire che la buona fede, se mai è stata regola di validità degli atti di ritiro, oggi non lo è più, in parte perché i limiti che da essa si ricavavano sono oggi transitati nel diritto scritto, in parte perché que-

42 Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, 17-19: "non c'è posto per una buona fede come principio politico ispiratore delle norme. I fatti giuridici vanno inquadrati secondo il loro contenuto [...]".

43 Per lo svolgimento di questa tesi sia consentito il rinvio a M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere. Profili critici*, Napoli, 2018, 189 ss., e agli Autori ivi citati.

sto ne ha previsti di ulteriori che non sono ascrivibili alla tutela della buona fede.

Oltre i confini della tutela dell'affidamento nei confronti degli atti di ritiro, la buona fede non si è mai imposta nella realtà giuridica come regola di legittimità, attinente all'esercizio della discrezionalità, malgrado le surrichiamate suggestioni dottrinali.

Sul piano concreto, pur ammesso che talune figure sintomatiche dell'eccesso di potere, comunque di certo non tutte, siano riconducibili ad un'idea generale di (s)correttezza, è vero anche che il giudice annulla il provvedimento perché riscontra la violazione delle figure stesse o, più correttamente, dei principi di cui queste sono il risvolto. Il richiamo alla buona fede allora è ancora una volta puramente descrittivo, anzi pleonastico. Così come è evidente il pleonaso in cui incorre la giurisprudenza quando afferma che l'adozione dell'atto illegittimo da parte della amministrazione integra una violazione della buona fede⁴⁴.

Del resto, ricondurre le figure sintomatiche dell'eccesso di potere alla violazione della buona fede è operazione che non sembra comportare un guadagno sul piano teorico: dal momento che le figure sintomatiche non sono sintomi, ma vizi conseguenti alla violazione dei principi della funzione, di origine spesso giurisprudenziale ma poi riconducibili a principi costituzionali e di diritto europeo⁴⁵, individuare la buona fede quale fondamento unitario delle figure sintomatiche significa sostituire la clausola generale a principi che hanno un

44 Ad es. Cons. Stato, sez. IV, 17 agosto 2017, n. 4027.

45 E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa- Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *www.giustamm.it*, 2007; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 508 ss.

Secondo una parte della dottrina, il collegamento delle figure sintomatiche con la violazione dei precetti comporta che esse non configurano eccesso di potere bensì “violazione di legge in relazione a quei precetti che sono stati via via enucleati, e sempre più spesso scritti, o trascritti, in norme positive”: C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it/enciclopedia/eccesso-dipotere_(Diritto-on-line)*, 2016, par. 4.

contenuto ben più specifico e pregnante della medesima⁴⁶. Altro è riscontrare che il sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere presenta caratteri in parte comuni a quello che il giudice civile opera sui poteri privati attraverso le clausole generali⁴⁷: il che, senza entrare qui nel merito, potrà anche essere esatto, ma certamente non sollecita la conclusione che l'eccesso di potere si risolva nella violazione della buona fede né tantomeno assegna alla buona fede un ruolo di limite al potere amministrativo che non sia già rinvenibile nei principi della funzione⁴⁸.

Il vero è che la buona fede, in astratto, potrebbe avere una incidenza sul paradigma della legittimità del provvedimento solo se attraverso di essa fosse possibile estendere il contenuto dell'eccesso di potere oltre i confini segnati dalle sue due componenti, cioè lo sviamento da una parte e le figure sintomatiche dall'altra. Ciò tuttavia non risulta che sia avvenuto. Si può allora concludere che anche in diritto amministrativo la buona fede non è regola sulla decisione

46 Nel ricondurre le figure sintomatiche dell'eccesso di potere alla buona fede, C. CUDIA, *op. cit.*, 251 ss., è mossa da una critica serrata alla compenetrazione della legittimità amministrativa con la dimensione dell'interesse pubblico: per superare questa, che considera una distorsione del sistema, l'A. ricorre alla clausola generale di diritto comune come fondamento dell'eccesso di potere. Altresì ID., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, 84 ss.

A mio avviso, la totale espunzione dell'interesse pubblico dal paradigma di validità del provvedimento non è teoricamente possibile né funzionale all'ampliamento della tutela giurisdizionale in senso soggettivo; tuttavia la rilevanza dell'interesse pubblico dovrebbe essere limitata alla figura dello sviamento di potere (per il quadro teorico entro il quale si muovono queste affermazioni si deve rinviare a M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 231 ss.; ID., *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Dir. amm.*, 2017, 1313 ss.). È perfettamente condivisibile dunque che l'interesse pubblico non deve plasmare le figure sintomatiche dell'eccesso di potere: ma probabilmente gli strali andrebbero rivolti nei confronti di alcune applicazioni giurisprudenziali dell'istituto, non nei riguardi della sua ormai matura costruzione teorica che, come puntualmente osservato da G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 173 ss., è tutt'altro che improntata, almeno per quanto concerne il riscontro delle figure sintomatiche, sull'interesse pubblico: "il giudizio sulla legittimità delle determinazioni unilaterali assume il proprio parametro" non, appunto, "nell'interesse pubblico genericamente inteso, ma in standard di comportamento con cui confrontare la decisione assunta nel caso concreto (*op. ult. cit.*, 174 s.)

47 In questo senso G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 251 ss., *passim*.

48 Correttamente lo riconosce proprio G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 100, 253 ss., che assegna al parallelismo un valore essenzialmente culturale, di riflessione critica sulle virtù garantistiche del diritto amministrativo.

sanzionata con l'invalidità: e non perché si voglia evitare che attraverso di essa il giudice svolga un controllo sul contenuto del provvedimento, come in diritto privato, ma perché la determinazione del contenuto del provvedimento, e il sindacato su di essa, è uno spazio saturo di principi e regole specifiche di questo ramo del diritto, elaborate dalla tradizione pretoria; regole rispetto alle quali il riferimento alla buona fede è pleonastico e giuridicamente non significativo, probabilmente anche fuorviante.

4. La buona fede come regola di condotta sanzionata con la responsabilità

Alle difficoltà che la buona fede oggi incontra ad affermarsi come regola sulla decisione prescritta a pena di invalidità fa da contraltare la sua progressiva e ormai matura affermazione come regola della condotta dell'amministrazione nei riguardi del privato; la cui violazione, se determina un pregiudizio economico in capo al cittadino o alle imprese, incontra la sanzione della responsabilità civile e non dell'invalidità.

Lo spazio per una simile declinazione della buona fede si è aperto nel momento in cui, soprattutto sulla spinta della l. 241/1990 e degli istituti partecipativi, è maturata la consapevolezza che l'azione amministrativa si svolge all'interno di un rapporto giuridico con il privato⁴⁹. Ciò induce a considerare l'azione amministrativa non più esclusivamente nella prospettiva obiettiva della produzione giuridica⁵⁰, ma anche in quella della relazione: correlativamente le

49 Per tutti E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *www.giustamm.it*, 2017. L'A. formula una teoria articolata del rapporto giuridico amministrativo dinamico, distinguendo il rapporto principale, dominato dalle figure del potere giuridico e dell'interesse legittimo, dal rapporto accessorio, in cui si collocano gli interessi procedurali protetti dalla legittimità dell'azione amministrativa.

La circostanza che l'azione amministrativa si svolga all'interno di un rapporto giuridico col privato è a fondamento anche della concezione sostanziale dell'interesse legittimo, come interesse protetto prima del provvedimento: per tutti F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 179 ss., 229 ss.

50 Con l'attenzione dapprima concentrata sull'atto, cioè il provvedimento, e poi sul procedimento, le cui più influenti definizioni, pur nella loro diversità, dimostrano che la prospettiva di osservazione è proprio quella della produzione giuridica (il procedimento come sequenza di atti teleologicamente orientati all'adozione del provvedimento, o come forma della funzione, o

norme che la disciplinano non attengono soltanto alla formazione del provvedimento, di cui prescrivono condizioni di validità, ma anche alla condotta dell'amministrazione all'interno del rapporto giuridico col privato⁵¹.

È frequente invero che le norme sulla formazione del provvedimento siano al contempo norme sulla condotta dell'amministrazione e viceversa. Tale ambivalenza, che si riscontra anche nel diritto privato in relazione alle norme sulla formazione del consenso, è accentuata in diritto amministrativo in quanto riflette l'ambivalenza del procedimento, che è sì luogo del rapporto tra l'amministrazione e privato, ma non dismette certo d'essere anche luogo di formazione della decisione e del provvedimento.

Questo dato indiscutibile offusca ma non falsifica la distinzione tra norme sulla produzione e norme di comportamento, in quanto ad un più attento esame sono rintracciabili norme attinenti esclusivamente alla formazione del provvedimento e, all'opposto, norme attinenti esclusivamente alla condotta all'interno del rapporto⁵².

Alle prime vanno annoverate senz'altro quelle, spesso non scritte, che governano la formazione della decisione dal punto di vista contenutistico, e quelle attinenti alla forma del provvedimento come documento.

Le seconde consistono invece nelle norme che non disciplinano aspetti formali del provvedimento, né incidono, direttamente o indirettamente, sulla

come luogo di formazione della decisione).

51 Sul tema generale A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 209 ss.; ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss., par. 9; G.D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 55 ss.; G. M. RACCA, *Correttezza*, cit., 1530.

52 Appare dunque da accogliere anche in diritto amministrativo la distinzione tra norme di mero comportamento, sanzionate solo con la responsabilità, e norme di validità, nonostante le serrate critiche di L. LORENZONI, *op. loc. cit.*; ID., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, 2020, 235 ss., par. 5 e seguenti.

Si aggiunge – ma non è questa la sede per sviluppare il ragionamento – che la distinzione non sarebbe offuscata anche se vi fosse piena coincidenza tra le norme sulla produzione e le norme di comportamento. Per il principio della pluriqualificazione, una stessa norma può rilevare giuridicamente come regola sulla produzione e come regola di comportamento a seconda della prospettiva volta per volta assunta dall'interprete, che può essere quella del giudizio di validità o quella del giudizio di liceità.

determinazione del suo contenuto⁵³; l'esempio più evidente è la previsione che reca il termine di conclusione del procedimento, e in questa categoria rientra anche la buona fede, con i contenuti che si vedranno appresso.

Proprio perché non compongono la fattispecie del provvedimento per ciò che concerne gli aspetti formali, né per gli aspetti sostanziali, la valutazione ordinamentale è di ritenere inappropriato che la violazione di queste norme scateni una sanzione a carico dell'atto, cioè l'annullabilità o la nullità del provvedimento, e più appropriata invece una sanzione a carico dell'autore della condotta, nella logica della responsabilità.

Anche in diritto amministrativo quindi si dovranno distinguere le norme di comportamento che sono anche norme sulla produzione, dunque prescritte ai fini della validità dell'atto, dalle norme di mero comportamento, come la buona fede, la cui violazione è suscettibile di generare solo illiceità e quindi responsabilità. Diversa dal diritto privato è però la ragione sottesa alla esclusione della buona fede dal paradigma di validità dell'atto precettivo: se lì è di evitare che il giudice eserciti un controllo generalizzato sul contenuto del contratto, qui è di evitare che l'invalidazione del provvedimento consegua alla violazione di norme che non pongono vincoli idonei, direttamente o anche solo indirettamente, ad incidere sul contenuto del provvedimento.

La logica della clausola generale – che è di rimettere volta per volta la determinazione del contenuto della regola a colui che è chiamato ad applicare il diritto (innanzitutto il giudice, ma anche la pubblica amministrazione), sulla base peraltro di un processo che differisce dall'interpretazione, anche di quella creatrice, in quanto si rivolge all'esterno del testo⁵⁴ – impedisce la ricognizione puntuale del contenuto della buona fede come regola di condotta.

53 A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, cit., par. 7, “nella serie comportamentale costituita dall'azione autoritativa della p.a., soltanto alcuni momenti, e non tutti, valgono ai fini della qualificazione di illegittimità, in quanto solo alcuni momenti, e non altri, sono riportabili all'interno dell'«atto amministrativo»”.

54 Cfr. su questo l'importante studio di L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali*, cit., par. 6, e l'ampia letteratura ivi criticamente considerata.

Tuttavia due indicazioni di carattere generale si possono ricavare da quanto sin qui detto.

In primo luogo, se funzione della clausola generale è di integrare il diritto scritto senza sostituirvisi⁵⁵, l'ambito di operatività della buona fede va individuato all'esterno delle regole e dei principi specifici che governano l'attività amministrativa. La buona fede dunque è regola di condotta che integra il diritto scritto e si pone a protezione diretta dell'interesse del cittadino o dell'impresa a confrontarsi con una pubblica amministrazione che agisca correttamente anche in relazione ai profili che non sono oggetto di specifiche prescrizioni⁵⁶.

In secondo luogo, l'osservanza o l'inosservanza della buona fede, trattandosi di norma di condotta non prescritta ai fini della validità, si apprezza indipendentemente dalla legittimità del provvedimento. Per questa medesima ragione l'amministrazione è tenuta alla osservanza della buona fede nei confronti della controparte del rapporto indipendentemente dal fatto che sussistano o meno i presupposti perché questa ottenga la decisione a sé favorevole⁵⁷.

Entro questa cornice è utile osservare, come schema euristico generale, che la buona fede oggettiva in una accezione più lata esprime "l'obbligo di comportarsi secondo una correttezza astrattamente indeterminata, ma determi-

55 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit.

56 È ormai idea diffusa nella dottrina che la protezione giuridica del privato nei confronti dell'amministrazione che agisce come autorità concerne non soltanto il c.d. interesse al bene della vita – più propriamente l'interesse ad ottenere una decisione favorevole, che dia luogo a un provvedimento ampliativo o eviti l'adozione di quello limitativo – ma anche l'interesse a che l'amministrazione si comporti correttamente all'interno del rapporto con il cittadino, indipendentemente dal fatto che questi abbia titolo alla decisione favorevole: per tutti A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit.

Le distanze tra le diverse impostazioni riguardano la qualificazione di questo secondo interesse: vi è chi lo considera una componente dell'interesse legittimo; e chi invece, identificando l'interesse legittimo nell'interesse alla decisione favorevole, ne afferma l'autonomia, denominandolo interesse procedimentale o riconoscendo in esso la struttura del diritto soggettivo.

57 In questo senso già G.D. COMPORI, *op. cit.*, 71 ss., il quale tuttavia sembra ritenere che la figura della responsabilità della p.a. per violazione di regole di condotta non incidenti sulla buona fede presupponga l'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito contrattuale; diversamente da quanto qui ritenuto, come si vedrà in seguito. Condivisibilmente G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, 334, dove si rileva che l'applicazione della buona fede al procedimento amministrativo "Non presuppone la trasformazione della relazione tra cittadini e amministrazione in rapporto obbligatorio".

nabile sulla base della fattispecie concreta e delle sue implicazioni con le istanze della costituzione economico-materiale”. In una accezione più ristretta esprime il divieto di *venire contra factum proprium* cioè di contraddire l’aspettativa di un altro soggetto generata con un proprio comportamento⁵⁸.

Tra le due manifestazioni della buona fede oggettiva non intercorre una differenza di carattere qualitativo: la buona fede è comunque clausola generale che chiama in causa l’intelligenza del caso concreto da parte dell’interprete secondo il criterio della ragionevolezza, sicché il divieto di *venire contra factum proprium* non è da intendere come una prescrizione categorica a carico dell’amministrazione, bensì come una specificazione nel concreto del canone della correttezza.

In ragione della duplice manifestazione della buona fede si possono distinguere due tipi di affidamento. Alla accezione lata della buona fede corrisponde l’affidamento come aspettativa “che tutti i soggetti dell’ordinamento giuridico coi quali si viene a contatto rispettino, non soltanto lo *strictum jus*, ma anche le regole di correttezza imposte dal principio di buona fede”⁵⁹. Alla accezione ristretta della buona fede – come divieto di *venire contra factum proprium* – corrisponde l’affidamento come aspettativa di coerenza rispetto a un precedente comportamento dell’amministrazione. Si può dubitare che il termine “affidamento” sia appropriato a descrivere la prima situazione, ma l’uso è invalso nella prassi; distinguere le due situazioni è comunque importante, come si vedrà.

5. La responsabilità per violazione della buona fede. Aspetti generali

La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della buona fede è stata dapprima ammessa dalla giurisprudenza amministrativa nell’ambito delle procedure a evidenza pubblica⁶⁰; la giurisprudenza civile vi ha poi fatto ricorso nell’ipotesi della lesione dell’affidamento da parte dell’atto di

58 F. MERUSI, *op. cit.*, 126.

59 F. MERUSI, *op. cit.*, 128.

60 Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6.

ritiro legittimo⁶¹ e l'ha progressivamente estesa ad ipotesi in cui l'atto amministrativo è del tutto assente dalla fattispecie⁶². La giurisprudenza amministrativa l'ha infine riconosciuta come modello generale di responsabilità della pubblica amministrazione⁶³.

La collocazione sistematica della buona fede tra le regole di mero comportamento comporta che il tratto caratteristico della responsabilità derivante dalla sua violazione sia l'essere indipendente dalla legittimità dell'azione amministrativa. Si tratta conseguentemente di un modello di responsabilità che si distingue, per origine e proprietà, da quella in cui l'amministrazione incorre per il compimento di atti illegittimi⁶⁴.

Il dispositivo risarcitorio si fonda sempre sull'assunto che la buona fede determina nel privato la titolarità di una aspettativa giuridicamente rilevante a che l'amministrazione si comporti correttamente all'interno del rapporto; se tale affidamento è violato dall'azione scorretta dell'amministrazione, il privato

61 A partire da Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596.

62 Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236; Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.

63 Cons. Stato, ad. plen., nn. 19/2021, 20/2021, 21/2021.

64 A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, cit., 209 ss.; M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, b) *Profili sostanziali*, in *Enc. dir.*, ann. IX, 2016, 806 ss.

Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro amm.*, 2018, 5, 766; in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1594, con nota di S. FOÀ, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*; in *Urb. e app.*, 2018, 10, 639, con nota di L. GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione*; in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1983, con nota di G.D. COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; in *Corr. giur.*, 2018, 12, 1547, con nota di F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza Plenaria n. 5 del 2018*, ha riconosciuto "l'ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento": in particolare, ma non solo, nella responsabilità precontrattuale "il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale". Nello stesso senso già Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, e, da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., nn. 19/2021, 20/2021, 21/2021, cit.; nella giurisprudenza civile, Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236; Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.

che sulla base dello stesso abbia assunto decisioni rivelatesi pregiudizievoli, ha diritto al risarcimento del danno⁶⁵.

Perché la responsabilità si attivi occorre inoltre che l'affidamento sia incolpevole, nel senso che il titolare avesse ragione obiettiva di nutrirlo⁶⁶. L'incolpevolezza dell'affidamento è richiesta in funzione di contemperamento tra la tutela della fiducia, fondata sulla buona fede, e il principio di autoresponsabilità, in base al quale ciascuno è responsabile delle proprie azioni e omissioni e se ne assume il rischio: "l'efficacia causale della condotta altrui nella produzione del danno è subordinata all'attitudine di tali condotte a indurre una persona diligente ad assumere le decisioni che si riveleranno dannose: se quell'attitudine sussiste, il danno diviene direttamente riconducibile alla condotta in questione"⁶⁷, altrimenti non lo è.

65 Seguendo F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., 823 ss., *passim*, 844, è senz'altro il caso di precisare che l'affidamento che, fondato sulla buona fede, riceve tutela con la responsabilità civile è cosa diversa dall'istituto del legittimo affidamento che agisce quale limite agli di ritiro. Ed infatti – oltre alla differenza più evidente, che nell'un caso il rimedio apprestato è il risarcimento e nell'altro l'annullamento – vi è che la tutela del legittimo affidamento non assicura la soddisfazione dell'interesse materiale del privato (il mantenimento del provvedimento), quanto piuttosto che questo sia tenuto in considerazione dall'amministrazione (con le parole dell'A.: l'affidamento legittimo è "una situazione che riproduce i caratteri dell'interesse legittimo che si correla al potere discrezionale dell'amministrazione, nel senso che esso fonda la pretesa che il proprio interesse sia tenuto in considerazione nei modi previsti dalla legge, ma non dà titolo per pretendere il soddisfacimento dell'interesse materiale"); mentre la tutela dell'affidamento nell'ambito del giudizio di responsabilità è, per così dire, diretta, nel senso che non è condizionata ad una valutazione comparativa degli interessi ma dipende solo ed esclusivamente dalla intrinseca meritevolezza dell'interesse materiale alla luce del principio della buona fede. Questa differenza giustifica il fatto che, nell'ambito della responsabilità, l'affidamento debba essere incolpevole, mentre valutazioni di ordine soggettivo non sono ordinariamente richieste per la tutela del legittimo affidamento.

Sui limiti della tutela dell'affidamento attraverso la tecnica del bilanciamento degli interessi v. anche A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit., 135, che giudica la situazione insostenibile in quanto "risolvere l'affidamento nella necessità di un bilanciamento degli interessi significa rinunciare a una garanzia effettiva dell'affidamento, nonostante che esso si traduca in una pretesa che ha un contenuto tipicamente sostanziale, corrispondente a un 'bene' e a un valore economico: significa, in particolare, esporre il cittadino al rischio di qualsiasi mutamento di indirizzo dei pubblici poteri, anche quando, sulla base di impegni dichiarati formalmente dall'amministrazione, egli abbia già assunto impegni consistenti". L'A. ritiene che la tutela possa essere convenientemente accordata tramite meccanismi di indennizzo della perdita del vantaggio.

66 Cons. Stato, ad. plen., nn. 19/2021, 20/2021, 21/2021.

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

Fermi questi punti, aspetti salienti della responsabilità derivante dalla violazione della buona fede sembrano ancora incerti o, comunque, bisognevoli di sistematizzazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, considerato anche che la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria sovente si attestano su posizioni scarsamente conciliabili.

Le questioni di fondo attengono all'individuazione degli ambiti o della fattispecie nelle quali può configurarsi la responsabilità per violazione della buona fede, alla determinazione della natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità in questione, alla consistenza della situazione giuridica che beneficia del risarcimento e quindi alle regole del riparto.

Si tratta di profili che meritano di essere esaminati partitamente, cominciando dagli ambiti entro i quali la buona fede opera come regola di comportamento sanzionata con la responsabilità.

6. L'ambito della responsabilità per violazione della buona fede e i pregiudizi risarcibili

6.1. La responsabilità per violazione della buona fede all'interno del procedimento

Un primo ambito in cui la buona fede opera come regola di responsabilità è il procedimento, inteso appunto non quale sequenza di atti funzionalmente collegati al provvedimento, o come forma della funzione, ma come luogo in cui si stabilisce un rapporto giuridico tra l'amministrazione e il privato⁶⁸.

La responsabilità per violazione della buona fede si è affermata in un primo tempo nei procedimenti di scelta del contraente, assimilati dalla giurisprudenza alle trattative precontrattuali di cui all'art. 1337 c.c.⁶⁹. In seguito, è stata

68 E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo*, cit.

69 Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831. Per la giurisprudenza civile Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

prospettata come istituto di carattere generale, suscettibile di applicazione anche in procedimenti diversi⁷⁰, secondo un ordine di idee che ha ricevuto conferme dopo il suggello legislativo della buona fede come principio generale del rapporto procedimentale⁷¹.

La buona fede, quale regola di condotta che fonda la responsabilità dell'amministrazione, può rilevare all'interno del procedimento sia nel più generico significato di obbligo di agire correttamente, al di là e oltre quanto espressamente prescritto e indipendentemente da eventuali affidamenti sorti in ragione di un precedente comportamento, sia nell'accezione di divieto di *venire contra factum proprium*.

L'obbligo di agire correttamente ha un contenuto inevitabilmente generico che tuttavia si riempie di significato alla luce della logica del rapporto in cui

Secondo altro orientamento, la trattativa giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 1337 c.c. sorge solo a valle della scelta del contraente da parte dell'amministrazione, cioè a seguito dell'aggiudicazione provvisoria e fino alla stipula del contratto (gli orientamenti più risalenti collocavano la trattativa tra la stipulazione del contratto e l'adozione dell'atto di controllo o di approvazione al quale ne era condizionata l'efficacia). Per la giurisprudenza amministrativa v. Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2010, n. 3383; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489; Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 5 febbraio 2015, n. 230. Per la giurisprudenza civile Cass., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477; Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313; Cass., sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164.

Alla stregua di questa impostazione, la responsabilità precontrattuale sanziona in via pressoché esclusiva la rottura ingiustificata delle trattative da parte dell'amministrazione che, revocando o annullando l'aggiudicazione, lede l'affidamento dell'impresa prescelta nella stipula del contratto (o che, rifiutando l'approvazione del contratto, lede l'affidamento del contraente nell'efficacia del contratto medesimo). Non si tratta quindi di responsabilità per violazione della buona fede in seno al procedimento, ma di responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto che sorge per effetto del provvedimento favorevole. Ipotesi considerata nel successivo paragrafo del presente contributo.

70 Spunti significativi in Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018. Per la giurisprudenza civile soprattutto Cass. civ., sez. un., 8236/2020.

71 Art. 1, comma 2-bis. L. n. 241/1990, comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge n. 120 del 2020. La previsione legislativa è valorizzata da Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19; Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20; Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21. Le sentenze tuttavia sembrano accogliere una concezione della tutela dell'affidamento come aspettativa rivolta alla stabilità del provvedimento favorevole: se così fosse, come sembra, le stesse non configurano una forma di responsabilità per violazione della buona fede in seno al procedimento, ma di responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto che sorge per effetto del provvedimento favorevole. Ipotesi considerata nel successivo paragrafo del presente contributo.

si iscrive⁷². Nel contesto del procedimento amministrativo, tenuto conto della sua duplice anima cooperativa e difensiva, la correttezza assume il significato di dovere di collaborazione, per un verso, e, per altro verso, di astensione da comportamenti o azioni dirette a rendere più gravoso, se non impedire, la realizzazione dell'interesse del privato.

Nell'ambito del procedimento amministrativo molte regole di collaborazione e di difesa sono ormai positivizzate⁷³ e ciò sottrae spazio all'operatività della buona fede e della responsabilità che su di essa si fonda⁷⁴; tuttavia rimane un margine non indifferente di possibile operatività della buona fede, se solo si pensa alla c.d. amministrazione informale, cioè ai contatti di varia natura che si instaurano all'interno del procedimento senza per ciò riversarsi in atti formali, i quali sfuggono pressoché integralmente all'attuale disciplina del procedimento amministrativo ma che ben possono essere occasione di scorrettezze nel rapporto col privato⁷⁵. In relazione ad essi pertanto la buona fede può svolgere un ruolo essenziale come fondamento della responsabilità dell'amministrazione.

Nell'accezione di divieto di *venire contra factum proprium*, la buona fede nel procedimento comporta la tutela dell'affidamento del privato nella conclusione positiva del procedimento, sorto in ragione di un frammento della condotta dell'amministrazione in seno al procedimento medesimo. Questa istanza di tu-

72 Come rileva L. NIVARRA, "Dentro" e "fuori", cit., 83 s., sviluppando una tesi di Larenz, esiste "uno stretto rapporto tra il contesto nel quale la clausola generale è destinata ad operare e il modo di atteggiarsi delle fonti della sua concretizzazione".

73 Sul fatto che alcune regole procedimentali (ad es. il soccorso istruttorio previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990) possono essere considerate espressioni o implicazioni della buona fede v. F. Manganaro, op. cit., 147 ss. Per riferimenti L. Lorenzoni, op. cit., 206 s.

74 Ciò non perché la buona fede non possa essere addotta a spiegazione della ratio politica di queste disposizioni, quanto perché l'operatività e il contenuto della buona fede devono essere ricostruiti ancora una volta secondo la logica propria della clausola generale, cioè al di fuori del diritto espressamente posto: di violazione della buona fede non ha senso parlare, allora, quando la condotta dell'amministrazione si pone in violazione di una norma scritta che regola il procedimento.

75 Al riguardo v. gli spunti di M. PROTTO, *L'amministrazione informale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Roberto Marrama*, II, Napoli, 2012, 858 ss., il quale contesta l'idea diffusa secondo cui i contatti informali tra amministrazione e privati all'interno del procedimento non avrebbero forza vincolante rilevando che in realtà essi ripetono la normatività del procedimento medesimo, che a sua volta deriva dal principio di buona fede.

tela deve essere bilanciata con la facoltà, che va ordinariamente riconosciuta all'amministrazione di rivalutare e rivedere, man mano che avanza l'istruttoria, progetti decisionali originari o specifici punti di vista già espressi in seno al procedimento. Con questa cautela, la violazione della buona fede è comunque prospettabile se, ad esempio, l'amministrazione nel corso del procedimento fa apparire al privato di aver assunto ormai definitivamente un certo orientamento rispetto alla decisione, quando invece lo sviluppo del procedimento dimostri che si riservava di rivedere le precedenti posizioni, solo provvisoriamente assunte.

Il tipo di pregiudizio economico che può derivare dalla condotta procedimentale dell'amministrazione contraria a buona fede, configurando il danno risarcibile, è strutturalmente omogeneo a quello che si riscontra nella responsabilità precontrattuale nei rapporti tra privati: consiste cioè nel valore delle occasioni perdute per effetto della scorrettezza della controparte e nei costi eventualmente sostenuti in vista della ragionevole conclusione del procedimento (il c.d. interesse negativo)⁷⁶.

Due differenze meritano di essere segnalate.

Innanzitutto, nel primo caso considerato (buona fede come correttezza generica) l'affidamento è per così dire costante lungo l'intero sviluppo del procedimento, in quanto si fonda su una regola – la buona fede oggettiva, appunto – che presiede all'intero sviluppo dello stesso; mentre nel secondo l'affidamento può sorgere come non sorgere all'interno del procedimento, a seconda che l'amministrazione ponga in essere comportamenti suscettibili di creare l'aspettativa di una conclusione favorevole dello stesso. Inoltre, può avere mi-

⁷⁶ Che la responsabilità precontrattuale consente il risarcimento del solo interesse negativo è pacifico nella giurisprudenza e nella dottrina: in questo senso già R. ALESSI, *La responsabilità*, cit., 1955, 145. In linea di massima l'interesse positivo è più facile da provare e solitamente maggiore nell'importo rispetto all'interesse negativo; tuttavia ciò non è scontato, in quanto, come osserva M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 1028, “il danneggiato potrebbe provare di aver perso un'alternativa più vantaggiosa della trattativa disutile, e così postulare un risarcimento addirittura maggiore rispetto alla *utilitas* del contratto non concluso (o concluso a condizioni peggiori)”.

nore o maggiore consistenza, a seconda che l'aspettativa indotta nel privato sia più o meno elevata: in linea di massima, nelle fasi conclusive del procedimento, tale affidamento si presenta più consolidato.

La seconda differenza riguarda il ruolo del provvedimento nella causazione del danno.

La responsabilità che deriva dalla mera scorrettezza procedimentale risarcisce un pregiudizio arrecato dalla condotta dell'amministrazione precedente all'adozione del provvedimento, che pertanto rimane logicamente estraneo alla fattispecie dell'illecito. Il provvedimento potrà certamente sopravvenire alla condotta procedimentale dannosa (come mancare, se l'azione amministrativa si arresta: ad es. in caso di silenzio), ma la fattispecie dell'illecito sarà a quel punto già completa, dunque indifferente al contenuto del provvedimento (oltre che, naturalmente, alla sua legittimità oppure all'illegittimità).

La responsabilità che deriva dalla lesione dell'affidamento nella favorevole conclusione del procedimento, invece, risarcisce un pregiudizio arrecato dal provvedimento (*rectius*: dall'effetto del provvedimento) che conclude il procedimento disponendo legittimamente un diverso assetto degli interessi. In questo caso è il provvedimento – non la condotta – la causa del danno; e tuttavia il fondamento dell'addebito della responsabilità non è l'illegittimità del provvedimento, ma pur sempre la scorrettezza della condotta complessiva dell'amministrazione: ciò che si rimprovera all'amministrazione non è l'aver adottato un provvedimento che non poteva adottare, in quanto ciò non è, essendo l'atto valido, bensì l'aver tenuto nel procedimento una condotta contraddittoria che ha leso l'affidamento del privato nella conclusione della vicenda in senso a lui favorevole. Per cui, anche se il danno deriva dal provvedimento, ricorre non una ipotesi di responsabilità da provvedimento, bensì da condotta illecita.

6.2. La responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto sorto per effetto del provvedimento favorevole

Il rapporto procedimentale non è l'unico tipo di rapporto amministrativo nel quale trova applicazione la buona fede come norma di comportamento. In questa veste la buona fede presiede anche al rapporto che nasce come effetto del provvedimento ampliativo e che l'amministrazione ha facoltà di porre nel nulla tramite l'esercizio dei poteri di secondo grado; e anche in questo caso la sua violazione determina responsabilità civile, non invalidità.

Invero, la posizione del destinatario del provvedimento favorevole, come pure si è visto sinteticamente, riceve tutela innanzitutto dalle regole che limitano l'esercizio dei poteri di ritiro. Esse prevedono l'obbligo per l'amministrazione di attribuire all'interesse del destinatario del provvedimento un peso particolare nel bilanciamento tra gli interessi sottesi alla valutazione discrezionale; e, trascorso il termine di dodici mesi dalla adozione del provvedimento favorevole, il divieto di annullarlo d'ufficio.

La tutela dell'affidamento secondo le regole della legittimità è forte sotto il profilo del rimedio, in quanto comporta l'annullamento dell'atto di ritiro illegittimo e, per questa via, la soddisfazione specifica dell'interesse del destinatario del provvedimento favorevole di primo grado⁷⁷. Ma è al contempo una tute-

⁷⁷ Sul fatto che "l'annullamento dell'atto amministrativo è una misura risarcitoria in forma specifica perché porta al ripristino della situazione precedente all'emanazione dell'atto" E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 38. La concezione dell'annullamento e del relativo effetto ripristinatorio come tipo di responsabilità in forma specifica si poggia su quella che è stata denominata lettura pubblicistica della responsabilità in forma specifica, diffusa presso la giurisprudenza amministrativa (F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, 26 ss.; per la tesi c.d. pubblicistica soprattutto F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 12 ss., A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, 227 ss.). Resta fermo che l'annullamento non è riconducibile alla responsabilità in forma specifica propriamente intesa, ex. art. 2058 c.c., in quanto questa costituisce una forma di responsabilità civile, condizionata al presupposto del danno ingiusto risarcibile (A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 7 ss., par. 2; ID., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 994 ss., sulla questione v. ampiamente S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 204 ss. anche per riferimenti giurisprudenziali). Si può forse rilevare che l'accostamento dell'annullamento del provvedimento amministrativo al risarcimento in forma specifica è accettabile dal punto di vista della funzione dei rimedi, che consiste nell'attuazione diretta del diritto obiettivo (o, secondo altra prospettiva, nella soddisfazione specifica delle situazioni giuridiche lese) ferma restando la differenza quanto alla struttura delle fattispecie, ai relativi presupposti e collocazione dogmatica.

la debole sotto il profilo della fattispecie, perché, salvo che non siano trascorsi i termini di legge per l'adozione dell'annullamento d'ufficio, le regole di legittimità non vietano all'amministrazione di ritirare l'atto favorevole, ma soltanto di prendere in considerazione l'interesse contrario del beneficiario.

La responsabilità civile in questo ambito interviene a tutela diretta dell'interesse materiale del privato rimasto insoddisfatto dalla tutela derivante dai limiti legali al potere di ritiro⁷⁸, poiché in nome della buona fede, qui intesa come divieto di *venire contra factum proprium*, può essere rimproverata alla pubblica amministrazione la contraddittorietà della condotta – consistente nell'aver prima rilasciato e poi ritirato il provvedimento favorevole – lesiva dell'affidamento, malgrado l'atto di ritiro fosse legittimo⁷⁹.

La causa del danno è il provvedimento, nella specie l'atto di ritiro. Tuttavia anche qui a fondamento dell'addebito di responsabilità non vi è l'atto medesimo, che è in sé perfettamente legittimo; né il fatto di aver in un primo tempo adottato l'atto illegittimo, perché quella evenienza nell'ambito del giudizio di responsabilità è del tutto irrilevante, in quanto non causativa di pregiudizio economico. Il rimprovero concerne piuttosto la condotta contraddittoria, questa volta lesiva dell'affidamento nella stabilità del provvedimento favorevole. Per cui, come nelle fattispecie prese in considerazione nel paragrafo preceden-

L'accostamento del risarcimento in forma specifica alla tutela di annullamento comporta che in diritto amministrativo il rapporto tra il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente appaia invertito rispetto alle comuni acquisizioni in diritto civile: se nei rapporti tra privati vige il primato del risarcimento per equivalente in quanto il risarcimento in forma specifica può essere disposto su espressa richiesta del danneggiato e solo se il giudice non lo ritenga eccessivamente oneroso per il debitore (art. 2058 c.c.), nei rapporti pubblicistici il primato è del risarcimento in forma specifica, in quanto l'annullamento, misura che ad esso si riporta, assume assoluta centralità nel sistema delle tutele, per note ragioni storiche e sistematiche: cfr., M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 283 ss.; ID., *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, in A. GUIDARA, *Specialità delle giurisdizioni e effettività delle tutele*, Torino, 2021, 244 s.; anche per la giurisprudenza, S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 215 ss.

⁷⁸ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., 845.

⁷⁹ Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cons. Stato, ad plen., nn. 19, 20, 21 del 2021.

te, non siamo di fronte a una ipotesi di responsabilità da provvedimento, bensì da condotta illecita⁸⁰.

Quanto al pregiudizio risarcibile, la legittimità dell'atto di ritiro impedisce di individuarlo nella perdita dei guadagni che il beneficiario del provvedimento favorevole avrebbe potuto ottenere qualora lo stesso non fosse stato revocato o annullato, poiché il provvedimento favorevole non spettava ed è legittimo il suo ritiro. Il danno ingiusto subito riguarda anche in questo caso il valore delle occasioni perdute confidando nel provvedimento favorevole e le spese sostenute per avviare l'attività dal medesimo assentita.

Questa forma di responsabilità, teoricamente molto rilevante, presenta in realtà un ambito di operatività piuttosto limitato. Per un verso infatti bisogna considerare che non sempre il destinatario del provvedimento favorevole può considerarsi titolare di un affidamento giuridicamente rilevante in ragione del principio di buona fede. In particolare, il provvedimento non suscita nel destinatario affidamento risarcibile se manifestamente non sussistevano i presupposti per il suo rilascio e dunque era possibile prevederne la rimozione in via amministrativa: in tal caso l'affidamento si dirà colpevole, nei termini anzidetti⁸¹, nel senso che il destinatario del provvedimento ha imprudentemente sostenuto delle spese confidando sulla stabilità del provvedimento⁸². A maggior ragione la responsabilità della pubblica amministrazione non si configura se è stato il destinatario del provvedimento ad indurre l'amministrazione a rilasciare l'atto fa-

80 Appare dunque impropria la giurisprudenza che ravvisa la violazione della buona fede nell'illegittimità degli atti del procedimento concluso col provvedimento favorevole e che hanno reso legittimo l'annullamento d'ufficio: ad es. Cons. Stato, sez. IV, 17 agosto 2017, n. 4027. Premesso che non ha senso dire che la mala fede dell'amministrazione consiste nell'aver adottato atti illegittimi, in quanto l'illegittimità è in sé suscettibile di determinare l'ingiustizia del danno che dovesse derivare dall'atto che ne è affetto, il punto essenziale è che nella fattispecie di cui trattasi il danno non deriva dal provvedimento illegittimo, bensì dalla condotta complessiva dell'amministrazione, consistente nell'aver prima adottato e poi ritirato il provvedimento, sicché l'illegittimità è qualificazione sussistente ma muta rispetto al giudizio di responsabilità, che invece si appunta sulla violazione della buona fede.

81 V. supra, par. 5.

82 Cons. Stato, ad. plen., n. 21/2021.

vorevole illegittimo: nel qual caso la sua malafede (in senso soggettivo) esclude la rilevanza della contraddittorietà dell'azione amministrativa.

Per altro verso, l'area della responsabilità di cui trattasi è delimitata dalla previsione dell'indennizzo dall'art. 21-*quinquies* per la revoca. Tale disposizione configura una ipotesi di c.d. responsabilità da atto lecito che si distingue da quella in discussione in quanto l'indennizzo è corrisposto indipendentemente da ogni valutazione sulla rimproverabilità della condotta all'amministrazione, mentre la responsabilità per violazione dell'affidamento presuppone un rimprovero mosso all'amministrazione, sebbene questo non riguardi la illegittimità del provvedimento. Nondimeno la corresponsione dell'indennizzo compensa economicamente chi ha subito la revoca e dunque riduce, se non azzerà, il danno e, con ciò, lo spazio della responsabilità civile.

Infine – ma questo è scontato in tutto il discorso sin qui svolto – la responsabilità in questione non si configura se il provvedimento di ritiro è illegittimo: nel qual caso, oltre al suo annullamento, l'interessato potrà eventualmente ottenere un risarcimento che nulla a che fare con la violazione della buona fede.

La giurisprudenza, almeno in astratto, e salvo poi stabilire limitazioni molto stringenti, ammette la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento anche nel caso in cui il provvedimento sia stato annullato in sede giurisdizionale a seguito dell'accoglimento del ricorso del terzo⁸³. Tuttavia

83 Cons. Stato, ad. Plen., nn. 19, 20, 21 del 2021, cit., per cui, quando l'annullamento sia pronunciato in sede giurisdizionale, il destinatario dell'atto favorevole di massima non può essere considerato titolare di un affidamento incolpevole in quanto egli, nella veste di controinteressato al ricorso, è reso edotto della pendenza del giudizio e dunque l'annullamento dell'aggiudicazione per effetto dell'accoglimento del ricorso non costituisce per lui una evenienza imprevedibile. Un affidamento tutelabile si può ipotizzare “solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio”.

Cfr. E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullati*, in *giustamm.it.*, 2022, 17 ss., il quale segnala l'esigenza di differenziare il regime della responsabilità a seconda che la lesione dell'affidamento derivi dall'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione ovvero dall'annullamento giurisdizionale su ricorso del terzo. Nella prima ipotesi le limitazioni poste al risarcimento dall'adunanza plenaria, e in particolare la non colpevolezza dell'affidamento (v. *supra* nel testo), sono ad opinione dell'A. un fuor d'opera, in quanto in tal caso “l'affidamento è protetto espressamente dalla norma che ne impone la presa in esa-

si tratta di ipotesi in cui non sembra che l'amministrazione possa essere chiamata al risarcimento dei danni. Nulla è infatti rimproverabile all'amministrazione a titolo di violazione della buona fede come scorrettezza: in quanto se è vero che il provvedimento favorevole illegittimo suscitava un affidamento, manca tuttavia il comportamento dell'amministrazione che abbia frustrato tale affidamento, poiché la delusione deriva dall'annullamento pronunciato dal giudice, il quale d'altra parte non è certo tenuto a considerare in giudizio l'eventuale affidamento di chicchessia su un atto illegittimo di cui sia stato chiesto l'annullamento. Né all'amministrazione sono addebitabili danni a titolo di responsabilità conseguente a illegittimità, in quanto nella specie l'atto illegittimo (poi annullato dal giudice) era favorevole e nient'affatto pregiudizievole.

7. Natura e regime della responsabilità derivante dalla violazione della buona fede

La giurisprudenza civile, a partire dal 2011⁸⁴, concepisce la responsabilità per violazione della buona fede da parte dell'amministrazione come responsabilità da inadempimento conseguente alla violazione di obblighi di protezione, fondati appunto sulla buona fede⁸⁵. Applica cioè lo schema della c.d. obbligazione senza prestazione, elaborato dalla dottrina civilistica, a partire dalla responsabilità precontrattuale, per attrarre al regime della responsabilità da inadempimento tutti i casi in cui il danno si verifica all'interno di un rapporto (non propriamente obbligatorio, per mancanza della prestazione principale) nel cui seno il danneggiante, in ragione della prescrizione della buona fede o della sua particolare qualità professionale, è tenuto ad un obbligo di protezione nei

me, per cui il suo sacrificio va risarcito senza che sia necessario, a parte le ipotesi dolose, di valutare che l'affidamento sia "incolpevole" (23). Nella seconda ipotesi invece, poiché il giudice nel disporre l'annullamento dell'atto illegittimo non è certo tenuto al rispetto dell'affidamento, è coerente che ai fini del risarcimento si chieda al danneggiato di dimostrare che il suo affidamento sia incolpevole.

⁸⁴ Nelle tre ordinanze gemelle delle Sezioni unite, più volte citate.

⁸⁵ G.D. COMPORI, *op. cit.*, 61 ss.; ID., *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra pubblico e privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 577 ss.

confronti del danneggiato, il quale a sua volta, per quelle stesse ragioni, è legittimato a confidare nel contegno corretto della controparte⁸⁶. Il giudice amministrativo invece è fermo sulla tesi della natura extracontrattuale⁸⁷.

Dal punto di vista dell'evoluzione storica occorre senz'altro riconoscere che proprio lo schema della responsabilità da inadempimento agli obblighi di protezione, ponendo in rilievo il rapporto amministrativo e gli interessi in questo coinvolti, è stata la chiave che ha consentito alla giurisprudenza di enucleare un modello di responsabilità incentrato sulla condotta scorretta dell'amministrazione e indipendente dalla illegittimità del provvedimento e dalla sua spettanza⁸⁸; diverso quindi dal modello della responsabilità per lesione di interessi legittimi configurato dalla sentenza n. 500 del 1999, la quale presuppone l'illegittimità del provvedimento e la compromissione del c.d. interesse al bene della vita finale.

86 Per tutti C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 523 s.

Va quindi precisato che la natura contrattuale della responsabilità è argomentata dalla giurisprudenza sulla base di una ricostruzione del rapporto amministrativo (come obbligazione senza prestazione) alternativa rispetto a quella offerta dalla dottrina che concepisce tale rapporto come una vera e propria obbligazione, all'interno della quale l'amministrazione è tenuta ad una prestazione principale, identificata nell'adozione del provvedimento valido, cui possono eventualmente fare da corona obblighi di protezione derivanti dalla buona fede (cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 175, laddove l'interesse legittimo è costruito come diritto di credito avente ad oggetto una prestazione, ossia l'adozione dell'atto legittimo, partendo dall'idea che, se si vuol costruire l'interesse legittimo come posizione attiva è necessario correlarlo all'obbligo della pubblica amministrazione, non già al potere).

Questa tesi, ad opinione di chi scrive, sarebbe l'unica atta a sostenere in modo convincente la natura contrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione (in questa prospettiva muove lo studio di M. C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 190 ss.). E tuttavia, sebbene alcune critiche ad essa comunemente rivolte appaiano superficiali e poco convincenti, la stessa in fin dei conti appare di difficile accoglimento, in quanto vorrebbe leggere con le lenti dell'(in)adempimento un fenomeno che in realtà riguarda primariamente l'(in)validità di atti giuridici precettivi. Per qualche considerazione ulteriore M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 120 ss.

87 Cons. Stato, ad. plen., n. 21/2021; Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018 non prende espressamente posizione sul tema, ma richiama gli elementi costitutivi del fatto illecito ex art. 2043 c.c., rendendo così palese l'adesione alla soluzione della responsabilità extracontrattuale, come rileva L. LORENZONI, *I principi di diritto comune*, cit., 59.

88 G.D. COMPORTI, *La strana metafora*, cit., 577 ss.

Di estremo interesse sarebbe verificare il rapporto tra i due modelli e la possibilità della loro coesistenza⁸⁹. Ma qui si vuol più semplicemente mostrare che l'inquadramento della responsabilità per violazione della buona fede nell'alveo della responsabilità contrattuale, per violazione di obblighi di protezione, non sembra necessario e neppure il più convincente.

Si afferma che la responsabilità extracontrattuale sia concettualmente incompatibile con una relazione giuridica, all'interno della quale maturi il danno risarcibile⁹⁰. Tale incompatibilità certamente ricorreva quando la responsabilità extracontrattuale era considerata appannaggio dei diritti soggettivi assoluti o comunque limitata a ipotesi tipiche. In quel contesto ben si spiega il tentativo di attrarre quanto più possibile i rapporti giuridici, all'interno dei quali non si potesse far valere la lesione di un diritto soggettivo assoluto, all'area della responsabilità da inadempimento: per offrire la tutela, e anche per evitare operazioni arbitrarie di creazione di diritti soggetti *ad hoc*, come il diritto alla integrità del patrimonio.

Tuttavia, una volta che la responsabilità extracontrattuale, pur con argomenti non sempre convincenti, è stata liberata dalle strettoie della tipicità, fino all'affermazione che il danno ingiusto è quello inferto ad ogni interesse giuridicamente rilevante⁹¹, non vi è più ragione di ritenere che l'illecito aquiliano sia intrinsecamente estraneo alla logica del rapporto: e diventa invece più naturale considerarlo come rimedio generale a protezione degli interessi che ricevono tutela giuridica, con l'esclusione di quelli che propriamente sono dedotti in obbligazione⁹².

89 Alcuni spunti in A. TRAVI, *Riparto di giurisdizione e concorrenza fra i "modelli" di responsabilità civile nelle relazioni tipiche del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Cinquant'anni dopo l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, Milano, 2021, 191 ss.

90 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 523 s.

91 Cass. civ., sez. un., n. 500/1999.

92 F. D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 542 s.

L'osservazione nel testo consente di prescindere qui dalle critiche puntuali che a vario livello sono state rivolte nei confronti della categoria dell'obbligazione senza prestazione. In dottrina

Si afferma poi che non è congruo gravare colui che abbia subito un danno all'interno del rapporto degli stessi oneri dimostrativi che incombono su chi ha subito un pregiudizio da parte di un soggetto del tutto estraneo⁹³. Tuttavia, l'applicazione del paradigma contrattuale non arreca vantaggi significativi a colui che subisce il danno dalla condotta scorretta dell'amministrazione.

Il primo vantaggio per il danneggiato dovrebbe essere che nella responsabilità da inadempimento l'azione risarcitoria da inadempimento si prescrive in dieci anni, invece dei cinque previsti per l'azione risarcitoria aquiliana. Tuttavia per la responsabilità dell'amministrazione da violazione della buona fede, e in generale per la responsabilità della p.a., va considerato che il codice del processo amministrativo (art. 30) assoggetta l'azione risarcitoria nell'ambito della giurisdizione di legittimità al termine decadenziale di centoventi giorni (non anche nella giurisdizione esclusiva)⁹⁴. Sotto il profilo del termine per la proposizione dell'azione, dunque, il maggiore o minore favore per il danneggiato non deriva tanto dalla natura della responsabilità quanto dall'assetto del riparto della giurisdizione. E di questo si vedrà meglio in seguito.

Ancora, si rileva che la fattispecie aquiliana richiede la dimostrazione dell'ingiustizia del danno e della colposità della condotta, mentre per la responsabilità da inadempimento è sufficiente l'allegazione del danno in quanto l'ingiustizia è *in re ipsa* nell'inadempimento e, secondo una autorevole concezione, l'elemento soggettivo non è richiesto per la nascita e l'ascrizione della obbligazione risarcitoria (la colpa verrebbe in rilievo solo come criterio di esclu-

vi è chi rifiuta la categoria ritenendo che gli obblighi di protezione, i soli rinvenibili all'interno di questa pretesa obbligazione, non siano altro che manifestazione del generale dovere di *neminem laedere* (con diverse sfumature, M. BARCELLONA, *op. cit.*, 2021, 18 ss.; M. ORLANDI, *Torto e tipo*, in *Jus*, 2020, 447 ss.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 58 s., che manifesta anche il rischio di un abuso dello schema della responsabilità da inadempimento), e chi la accetta, tuttavia criticando severamente l'attitudine dell'affidamento a qualificare la relazione come rapporto obbligatorio e modellandone diversamente l'ambito di operatività (F. VENOSTA, *"Contatto sociale" e affidamento*, Milano, 2021, 113 ss.; A. ZACCARIA, *Contatto sociale*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, agg. XI, Torino, 2018, 85 ss.), talora in senso molto restrittivo (A. ZACCARIA, *op. loc. cit.*).

⁹³ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 523 s.

⁹⁴ Sul punto F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1197.

sione del limite della responsabilità costituito dalla impossibilità della prestazione, nel senso che l'impossibilità imputabile al debitore, cioè dovuta alla di lui colpa, non paralizza la responsabilità per inadempimento; cfr. art. 1218 c.c.)⁹⁵.

Tuttavia la giurisprudenza amministrativa, proprio per semplificare l'accertamento della colpa di apparato nella responsabilità della pubblica amministrazione, fa ricorso alle presunzioni semplici e, in questo modo, perviene ad esiti non distanti dalla responsabilità oggettiva^{96 97}.

Sotto questo profilo l'illecito extracontrattuale si dimostra un paradigma sufficientemente duttile da consentire operazioni di adattamento in ragione della sostanza degli interessi che volta per volta si intendono tutelare con il risarcimento.

La dimostrazione del requisito dell'ingiustizia del danno da parte della vittima è indubbiamente tratto qualificante dell'illecito extracontrattuale. Anche

95 L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 288 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 672; G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impresa*, 2004, 13 s.; C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 526 s.

96 Secondo M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Trattato del diritto privato*, Torino, 2021, 174, “regime della colpa e regime probatorio non dipendono dalla “natura” del titolo in base al quale il responsabile è chiamato a rispondere, bensì al tipo di problema che, tanto sul piano probatorio che sul piano dell'ascrizione della responsabilità, queste fattispecie propongono”.

Non serve peraltro accedere a questa prospettazione per considerare che in realtà il regime di almeno uno dei due tipi di responsabilità, quello aquiliano, è descritto solo per sommi capi dal codice civile, il che rende non censurabili, anzi condivisibili, gli accorgimenti ai quali ricorre la giurisprudenza per calibrare gli oneri delle parti in ragione del tipo di problema che si prospetta, se del caso avvicinando il regime della responsabilità a quello della responsabilità contrattuale. Così ad esempio ha fatto la giurisprudenza amministrativa quando, riaffermando il carattere extracontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione, ha rilevato come “le condivisibili esigenze di semplificazione probatoria sottese alla ricostruzione criticata [la responsabilità della p.a. come responsabilità da contatto, alla quale si applica il regime della responsabilità da inadempimento], possano essere parimenti soddisfatte restando all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rilevano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, ma utilizzando, per la verifica dell'elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c.” (Cons. Stato n. 32/2005. Sul punto, adesivamente, M. BARCELLONA, *op. cit.*, 120 s.).V. anche le considerazioni di M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1024.

97 Di recente Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912. La responsabilità oggettiva nella materia degli appalti pubblici è sancita dalla giurisprudenza europea: Corte di Giustizia, sez. III, 30.09.2010, C – 314/09 Graz Stadt.

a questo riguardo però la differenza con la responsabilità contrattuale (e in particolare il favore che quest'ultima esprime per la posizione del danneggiato) può essere sminuita se si accoglie l'ordine di idee secondo cui, laddove il danneggiante fosse tenuto ad attenersi ad un modello di comportamento sufficientemente predefinito a livello normativo in funzione della tutela della posizione del danneggiato, la violazione del modello comporta senz'altro la lesione degli interessi giuridicamente rilevanti del secondo e dunque il danno ingiusto; al danneggiato basterà allora dimostrare la contrarietà dell'azione del danneggiante al modello di comportamento predefinito, non diversamente da quanto è chiamato a fare il creditore a fronte dell'inadempimento del debitore nell'obbligazione⁹⁸. Questa impostazione appare congeniale alla struttura dell'azione amministrativa procedimentalizzata, la quale in effetti si caratterizza per doversi attenere ad un modello di condotta predefinito in via normativa, comprensivo della regola della buona fede, in funzione essenzialmente protettiva di interessi del privato⁹⁹. Quest'ultimo pertanto non dovrà sostenere soverchi oneri per dimostrare l'ingiustizia del danno potendo a tal fine allegare la contrarietà del comportamento del danneggiante a un canone di comportamento predefinito in funzione di protezione dei suoi interessi.

Conclusivamente l'attrazione della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della buona fede all'area della responsabilità da inadempimento, appare per un verso operazione non necessaria, stante l'ormai matura apertura della responsabilità extracontrattuale alla tutela di situazioni re-

98 Per questa impostazione v. ampiamente M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 226 ss. Se ben s'intende, anche M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1023, ritiene che, quando il torto è condotta difforme da un obbligo positivo, definito da un paradigma di comportamento commissivo, la logica probatoria è analoga a quella dell'inadempimento.

99 Lo scopo perseguito dalle norme che disciplinano l'azione amministrativa è notoriamente oggetto di una complessa discussione nella quale qui non si può entrare: sia consentito il rinvio a M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 178 ss., 230 ss. Comunque, a tacer d'altro, sembra si possa affermare tranquillamente che il paradigma della validità del provvedimento amministrativo è (o dovrebbe essere) utilizzato in funzione della tutela di interessi privati da parte del giudice chiamato a valutare la fondatezza della domanda del ricorrente: per tutti G. CORSO, *Validità*, cit., 95 s.

lazionali, e, per altro verso, non conferisce al danneggiato quella posizione di favore che si vorrebbe; anzi, vi consegue l'applicazione di norme svantaggiose per il danneggiato come quella che limita il risarcimento ai danni prevedibili.

Del resto, sul piano funzionale la responsabilità derivante dalla violazione della buona fede si avvicina inevitabilmente più all'illecito aquiliano che a quello da inadempimento in quanto, ponendosi a presidio del pericolo di perdere possibilità alternative in ragione dell'altrui scorrettezza, esibisce la funzione conservativa della ricchezza che è propria della responsabilità aquiliana, non quella, propria della responsabilità da inadempimento, di attribuire l'equivalente monetario di una prestazione dovuta e mancante, tanto che il risarcimento non riguarda il c.d. interesse positivo, cioè il valore della prestazione contrattuale inadempita, bensì il c.d. interesse negativo¹⁰⁰.

8. Riparto di giurisdizione e situazioni giuridiche soggettive

Il riparto di giurisdizione sulle controversie attinenti alla responsabilità dell'amministrazione per violazione della buona fede conosce fibrillazioni non minori di quelle viste a proposito della natura della responsabilità e senza dubbio di maggior impatto pratico perché foriere di incertezze relativamente non soltanto all'individuazione del giudice ma anche al regime sostanziale della responsabilità poiché solo davanti al giudice amministrativo, quantomeno in sede

100 M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1014-1016, *passim*.

In generale v. M. BARCELLONA, *op. cit.*, 29 s.: la responsabilità contrattuale "si situa dentro un circuito acquisitivo (quello del contratto che è preposto a trasferire ricchezza da un patrimonio all'altro), all'interno del quale è chiamata in primis a surrogare il risultato incrementativo del patrimonio del creditore che l'inadempimento del debitore ha fatto mancare", mentre la responsabilità extracontrattuale "svolge una funzione conservativa, la quale suppone che sia stata distrutta una risorsa, o la possibilità di acquisirla, che si trovava già nel patrimonio di un soggetto".

Questo aspetto, peraltro, è condiviso dalla dottrina favorevole alla natura contrattuale: C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 867 s., dove si precisa che gli obblighi di protezione caratteristici della obbligazione senza prestazione danno sì luogo ad una responsabilità c.d. contrattuale, in quanto derivante dalla violazione di un obbligo, ma il danno risarcibile ha la medesima configurazione del danno da fatto illecito, in quanto non è cagionato in non facendo come nell'inadempimento, ma è frutto di una condotta attiva che lede la sfera del creditore (*culpa in faciendo*).

di legittimità, trovano applicazione le regole speciali contenute nell'art. 30 c.p.a..

La posizione del giudice amministrativo è da tempo nel senso che ricadono nella sua giurisdizione le controversie sulla responsabilità per violazione della buona fede nell'ambito delle procedure di scelta del contraente. Questa posizione fu espressa innanzitutto dall'adunanza plenaria nel 2005 con riguardo alla responsabilità derivante dalla legittima rimozione in via amministrativa dell'aggiudicazione. In quell'occasione il Consiglio di Stato non sembrò affatto escludere che la responsabilità, derivante dalla violazione della buona fede, inerisse ad un diritto soggettivo, ma conclude che la giurisdizione spetta comunque al giudice amministrativo in quanto l'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 rimette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non solo tutte le questioni di interesse legittimo relative agli atti della fase pubblicistica finalizzata alla conclusione del contratto e prima di tale momento, ma anche «*la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno*», nel presupposto che l'amministrazione pur tenuta per legge ad adottare moduli di contrattazione impersonale di stampo pubblicistico è nondimeno soggetta anche alle «*norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune*»¹⁰¹.

L'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo amministrativo ha confermato la giurisdizione esclusiva sulla materia e questo ha consentito all'adunanza plenaria nel 2018 di dare per scontato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative alla lesione dell'affidamento nell'ambito delle trattative, nonostante, per testuale espressione del Consiglio di Stato, la violazione delle norme generali dell'ordinamento civile che impongono all'amministrazione di agire con lealtà e correttezza faccia nascere «una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei

101 Cons. Stato, ad. plen., n. 6/2005.

rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza”¹⁰².

Con tre importanti pronunce del 2021 la adunanza plenaria ha generalizzato le proprie conclusioni: sussiste la giurisdizione amministrativa sulle controversie relative alla responsabilità per lesione dell'affidamento anche al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva.

Per argomentare questa conclusione, che si pone in dichiarato contrasto con l'orientamento delle sezioni unite della Cassazione, l'adunanza plenaria sostiene che l'affidamento “non è una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta dalle due”, né costituisce l'oggetto di un diritto soggettivo ma è piuttosto il “principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo”¹⁰³. Come tale, l'affidamento “può alternativamente riferirsi” al diritto soggettivo come all'interesse legittimo e la giurisdizione amministrativa

102 Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018. Cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

103 Cons. Stato, ad. plen., n. 20/2021: “l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile” ma la giurisprudenza amministrativa oggi lo considera un «*principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività*» (Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Di ciò - prosegue AP 20/21 - si ricava conferma dall'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120: tale disposizione “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 – non è più contraddistinto dall'assoluta unilateralità del potere, ma è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo”.

Precisa ancora il Consiglio di Stato che il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede “si rivolge sia all'amministrazione sia ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento, qualificando in termini giuridici una relazione che è e resta pubblicistica, sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti. E non sembra, in tale contesto, che i *principi* che regolano il rapporto siano espressione di autonome situazioni soggettive autonome, se non avulse, dalla posizione delle parti; si deve piuttosto ritenere che si tratti di doveri imposti alle parti, e *in primis* all'amministrazione, a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza” (par. 10).

va affermata “quando l'affidamento abbia a oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e *a fortiori* quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva”, poiché in tal caso la “fiducia” lesa “si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale – a un “mero comportamento” – ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo”¹⁰⁴. E ciò – prosegue il Consiglio di Stato – “sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa”¹⁰⁵.

La posizione della Corte di Cassazione è diversa.

Nel 2011 le Sezioni Unite hanno ritenuto che spetta al giudice ordinario la cognizione sulla controversia nella quale il ricorrente lamenta la lesione dell'affidamento a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione su ricorso del terzo. Si muove dal presupposto che la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie risarcitorie sia limitata alla cognizione dei danni derivanti da provvedimenti illegittimi. Su questa premessa, la Cassazione osserva che la giu-

104 Cons. Stato, ad. plen., n. 20/2021. Più esattamente, “anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile dunque all'amministrazione che “agisce in veste di autorità” e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo – interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1)”.

105 Cons. Stato, ad. plen., par. 8.

risdizione sulla controversia non spetta al giudice amministrativo in quanto la ricorrente non chiede danni connessi alla illegittimità del provvedimento (che è favorevole) ma addebita all'amministrazione la colpa di “averla orientata verso una determinata condotta che, poi, aveva dovuto interrompere”. La giurisdizione spetta al g.o. perché in contestazione non è l'esercizio del potere amministrativo, ma la lesione del diritto soggettivo all'integrità del patrimonio¹⁰⁶.

Malgrado qualche pronuncia in senso diverso¹⁰⁷, le sezioni unite nel 2020 hanno confermato la regola di riparto individuata nel 2011¹⁰⁸ aggiungendo che la giurisdizione del giudice ordinario si estende al caso in cui il ricorrente lamenti un danno da lesione di affidamento senza che sia emanato alcun atto amministrativo e il privato abbia riposto il suo affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione¹⁰⁹. Rispetto al 2011 la Cassazione precisa che la situazione giuridica lesa non è il diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio¹¹⁰ bensì l'affidamento in sé quale oggetto di un diritto (più esattamente, si tratterebbe dell'aspettativa “di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondato sulla buona fede”) e che la giurisdizione ordinaria nelle controversie relative alla responsa-

106 Cass. civ., sez. un., ord. n. 6596/2011. Il principio non riguarda peraltro solo la responsabilità dell'amministrazione nell'ambito delle trattative, ma tutte le ipotesi in cui l'attore lamenti un danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento (da parte dell'amministrazione o del giudice) di un atto amministrativo ampliativo (cfr. le coeve ordinanze 6594/2011 e 6595/2011). Nello stesso senso Cass., Sez. un., nn. 17586 del 2015; 12799, 15640, 19171 del 2017; 1654, 4996, 22435, 32365 del 2018; 4889, 6885, 12635 del 2019. Sulle tre ordinanze gemelle del 2011 da ultimo M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, Torino, 2022, 76 e ss.

107 Ordinanza 8057 del 2016 e ordinanza 13454 del 2017.

108 Quindi anche al di fuori delle trattative.

109 Cass. civ., sez. un., 8236/2020.

110 Osserva puntualmente A. ZACCARIA, *Verdammte Zeiten (tempi maledetti)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1151, che, in realtà, la giurisprudenza anteriore all'ordinanza del 2020 non aveva affermato che il risarcimento riguardasse il diritto alla conservazione della integrità patrimoniale. L'integrità patrimoniale era stata in effetti richiamata dalla ordinanza 13194 del 2018, ma osserva Zaccaria “non quale oggetto di un diritto alla conservazione dell'integrità medesima, bensì per giustificare il danno-evento, da riparare in quanto conseguenza della lesione di un affidamento incolpevole inteso come posizione giuridica soggettiva la cui incisione consente di qualificare il pregiudizio conseguentemente subito come ingiusto, e perciò risarcibile ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.”

bilità per lesione dell'affidamento non è in contrasto con la disciplina della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo recata dal codice del processo amministrativo in quanto il comportamento scorretto dell'amministrazione, lesivo dell'affidamento, non ha “alcun collegamento, nemmeno mediato”, con l'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione¹¹¹.

La posizione della Cassazione è sicuramente non condivisibile in relazione alle controversie che ricadono nelle materie oggetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso che tale giurisdizione si estende ai “comportamenti anche mediatamente riconducibili al potere” (art. 7, c.p.a.).

Sulla base di questa formula nelle materie rimesse alla giurisdizione esclusiva restano attratti al vaglio del giudice ordinario solo i meri comportamenti e le attività materiali della pubblica amministrazione.

La condotta dell'amministrazione all'interno del procedimento o nel rapporto sorto come effetto del provvedimento favorevole non può essere considerata un comportamento neppure mediatamente riconducibile al potere, parificabile ad una attività materiale della pubblica amministrazione, perché si iscrive nell'ambito di un procedimento orientato all'esercizio del potere amministrativo e governato da regole di carattere pubblicistico.

Di conseguenza, la cognizione delle controversie sulla responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della buona fede, pur quando si ritenesse che l'illecito trovi causa in un comportamento dell'amministrazione (come sostiene la Cassazione; e non nell'esercizio del potere, come sembra rite-

111 Sulla pronuncia, con particolare riferimento ai profili attinenti al riparto di giurisdizione, V. BONTEMPI, *La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 805 ss.; M. D'ONOFRIO, *La responsabilità da “contatto sociale” della P.A.: i riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2021, 1350 ss; F.G. COCA, *Scossoni*, cit, 23 ss. La posizione è confermata da Cass. civ., sez. un., n. 615/21, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 791 ss., con ampia nota adesiva di A. NICOLUSSI - F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità “pre-provvedimentale” della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*.

nere l'adunanza plenaria), ricade nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹¹².

La disputa sulla natura della situazione giuridica ammessa al risarcimento – diritto soggettivo o interesse legittimo¹¹³ – conserva rilievo tuttavia per il riparto di giurisdizione in relazione alle controversie che non ricadono in materie oggetto della giurisdizione esclusiva. L'art. 7, comma 4, c.p.a., prevede infatti che nell'ambito della giurisdizione di legittimità il giudice amministrativo cono-

112 La dottrina amministrativistica si è prevalentemente espressa in senso critico rispetto all'orientamento della Cassazione: F. G. SCOCA, *Scossoni*, cit., 23; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 572 ss.; G. TROPEA - A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *www.giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020, § 3; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio; riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento* in *Dir. Proc. Amm.* 2011, 899; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione* in *Foro Ital.* 2011, I, 2398; ID., *Il giudice amministrativo come risorsa?* in *Questione Giustizia* 2021, 1, 27; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento* in *Federalismi.it* 2011, 24; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e la nascita di nuove questioni* in *Federalismi.it* 2011, 7, 11; R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («Dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)? In *Dir. Proc. Amm.* 2013, 1, 349; F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)* in *Dir. Proc. Amm.* 2020, 1103; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento*, cit., 569; G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo* in *Riv. Giur. edil.*, 2016, II, 484. Di contrario avviso, quindi favorevoli alla “scelta” della giurisdizione del giudice ordinario, pur con diversa accentuazione: A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. Giur.* 2011, 940; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 1749. Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 2 agosto 2012, n. 1751, in *dir. Proc. Amm.*, 2013, 1275 ss., con nota di F. RONCAROLO, *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*.

Ritiene che si faccia questione di un diritto al risarcimento del danno la cui cognizione appartiene al giudice ordinario: M. ANTONIOLI, *op. cit.*, 132 e ss. e 163, per il quale la tutela risarcitoria dell'affidamento ha ad oggetto una condotta costituente espressione, neppure mediata, del potere (153).

E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria*, cit., 20, osserva che “La regola di riparto della giurisdizione tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario fondata sulle situazioni giuridiche soggettive non è certo di sicura applicazione specie in un caso come questo nel quale si può sostenere, con buoni argomenti, sia l'una che l'altra soluzione”. L'A. ritiene auspicabile che le controversie attinenti al risarcimento del danno per lesione dell'affidamento arrecato dal provvedimento favorevole annullato siano rimesse definitivamente alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto il livello di tutela che questo giudice assicura è maggiore. Ed infatti: “La natura e la durata del termine per proporre l'azione innanzi al giudice amministrativo, la struttura del processo amministrativo, la posizione istituzionale sulla (relativa) indipendenza del Consiglio di Stato che si riflette sulla terzietà ed imparzialità del giudice, da una parte, il termine prescrizione di cinque anni per promuovere il giudizio innanzi al giudice ordinario, la struttura (aperta) del processo civile più adatto ad un esame dell'*an* e del *quantum* del risarcimento, la indipendenza del giudice ordinario tutelata direttamente con norme costituzionali che l'assicurano in maniera

sce delle “controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni”; la disposizione non menziona i comportamenti anche solo mediatamente riconducibili al potere: dei quali, si deve desumere, il giudice amministrativo conosce solo nell’ambito delle materie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva.

La natura della situazione giuridica soggettiva rileva inoltre ai fini del regime dell’azione risarcitoria in quanto, se è vero che il processo amministrativo è ormai improntato ad un modello fondamentalmente unitario¹¹⁴, rimane fermo che nelle materie di giurisdizione esclusiva le questioni (anche risarcitorie) attinenti a diritti soggettivi sono proponibili nel termine di prescrizione, mentre quelle attinenti a interessi legittimi soggiacciono al termine decadenziale di centoventi giorni previsto dall’art. 30 c.p.a.¹¹⁵.

più piena nei confronti del potere esecutivo, dall’altra parte, rendono palese che il cittadino riceve una tutela più effettiva ed efficiente se dell’azione di risarcimento dei danni per lesione dell’affidamento in un provvedimento amministrativo favorevole annullato ne conosce il giudice ordinario anziché il giudice amministrativo”.

113 Come si è visto, la Cassazione è ferma nel ritenere che si tratti di un diritto soggettivo. Anche il Consiglio di Stato con l’adunanza plenaria n. 5/2018 si è pronunciato in questo senso, per poi invece argomentare la tesi dell’interesse legittimo nelle sentenze dell’Adunanza plenaria del 2021. Come osserva F.G. SCOCA, *Scossoni*, cit., 24 s., prima del 2021 “i due organi giudiziari di vertice sono (anzi erano) d’accordo sulla lesione di un diritto soggettivo, ma non su quale diritto venga leso”, poiché il giudice amministrativo faceva questione di “diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali” mentre la Cassazione richiamava prima il “diritto alla conservazione dell’integrità del patrimonio” e ora l’aspettativa alla coerenza dell’azione amministrativa. Secondo Scoca ciò “è significativo, tanto più che si tratta in entrambi i casi di “diritti” a contenuto generico e vago, dalla incerta configurabilità; “diritti” che, ove si emargini il carattere soggettivo (che appare innaturale), sono (molto simili a) principi generali, canoni di diritto oggettivo”.

114 Cfr. F.G. SCOCA, *Scossoni*, cit., 36 ss.

115 Rileva E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria*, cit., 10 s., che “La qualificazione come interesse legittimo, anche nelle materie in cui vi è la giurisdizione esclusiva, comporta che non può predicarsi la tutela propria dei diritti soggettivi per la natura e la durata del termine per proporre ricorso. Affermare la giurisdizione amministrativa significa, anche per le materie di giurisdizione esclusiva, che la domanda per il risarcimento dei danni da affidamento va “proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo” (art. 30, comma 3, c.p.a.) ovvero entro “centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza” (art. 30, comma 5, c.p.a.)”. Cfr. A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002, 1 e ss.

Il problema della situazione giuridica soggettiva dovrebbe essere di immediata e sicura soluzione. Se è vero che il fatto illecito costituisce fonte dell'obbligazione (art. 1173 cod. civ.), che la prestazione oggetto di questa obbligazione è il risarcimento danno, e infine che il danneggiante all'interno dell'obbligazione assume la posizione del debitore e il danneggiato quella del creditore, la situazione azionata da quest'ultimo non può che essere un diritto soggettivo relativo¹¹⁶.

La giurisprudenza della Corte costituzionale dalla sentenza n. 204 del 2004 tuttavia impone di guardare al risarcimento non come ad un diritto autonomo che nasce dal fatto illecito, bensì come strumento di tutela dell'interesse legittimo o comunque della situazione che subisce pregiudizio dall'attività amministrativa¹¹⁷.

Il che complica le cose in quanto costringe a verificare se la situazione giuridica violata dal comportamento scorretto della pubblica amministrazione sia diritto soggettivo oppure interesse legittimo.

La domanda non ammette risposte univoche perché troppo numerosi e consistenti sono i presupposti concettuali che sorreggono le due risposte.

Se a questa figura si riportano tutti gli interessi privati giuridicamente protetti nei riguardi del potere amministrativo all'interno del procedimento, congiuntamente alle relative modalità di protezione, che non si esauriscono nel-

116 R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 67 ss., 396 s..

117 Critico nei confronti della Corte costituzionale R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stati e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 905. Chi scrive aderisce alla critica: non vi è contraddizione nel ritenere che il risarcimento del danno sia strumento di tutela dell'interesse legittimo e contestualmente riconoscere che esso è oggetto di un diritto soggettivo. Di diversa opinione G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 603 ss., 623 per il quale il risarcimento dei danni provocato dal provvedimento illegittimo è una "ulteriore tutela dell'interesse legittimo e non viene in rilievo dunque come violazione di una norma primaria, che dà luogo ad un diritto soggettivo autonomo". In questo senso anche P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 868 s., per il quale il diritto soggettivo di credito alla riparazione pecuniaria non è altro che il diritto di azione, cioè il diritto ad ottenere una condanna, e che la posizione soggettiva sostanziale lesa e risarcita sia quella originaria (sia essa di diritto soggettivo o di interesse legittimo).

la legittimità amministrativa¹¹⁸, allora è sicuramente congruente ritenere che la situazione giuridica del privato che subisce lesione dal comportamento dell'amministrazione contrario alla buona fede sia appunto l'interesse legittimo¹¹⁹.

Viceversa, se si individua la componente materiale dell'interesse legittimo nell'interesse a ottenere o conservare il bene della vita, protetto nei limiti della legittimità dell'azione amministrativa¹²⁰, allora sembra difficile che a venire in rilievo nella fattispecie della responsabilità in esame sia l'interesse legittimo medesimo in quanto la violazione non riguarda norme sulla legittimità e il sacrificio non necessariamente interessa il c.d. bene finale.

118 F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 407 ss., 444 ss., *passim*.

119 F.G. SCOCA, *Scassoni*, cit., 25 s., secondo cui l'aspettativa tutelata a che l'azione amministrativa si impronti ai principi di buona fede e correttezza "coincide, o si armonizza (o non contrasta), con la nozione teorica di interesse legittimo, o, meglio, con una delle sue manifestazioni o modi di essere"; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento*, cit., 572 ss. Così anche S. PELLIZZARI, *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata*, Napoli, 2017, 231 ss., seguendo F.G. Scoca.

120 L'individuazione dell'oggetto dell'interesse legittimo nel bene c.d. finale e della sua forma di protezione nella legittimità dell'azione amministrativa sono elementi diffusi, ricorrenti in concezioni della figura anche molto distanti tra loro: G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 122; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 99; R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 357; E. FOLLIERI, *Risarcimento*, cit., 88 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., 284 ss. Anche la costruzione dell'interesse legittimo come diritto di credito, nei più recenti affinamenti, sembra individuare l'interesse al bene della vita come referente materiale della situazione e la norma quale fondamento giuridico della protezione dell'interesse: per tutti, L. FERRARA, *Le ragioni del mantenimento della distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 733 ss. Non dissimilmente sul punto anche A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, 443 ss.