

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Professore ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Palermo

mariacristina.cavallaro@unipa.it

BUONA FEDE E LEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

GOOD FAITH AND LEGITIMACY OF THE ADMINISTRATIVE ACT

SINTESI

Il lavoro trae spunto dalla recente modifica dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, il cui comma 2 *bis* introduce il principio della buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, per verificare se il principio in esame possa essere considerato come parametro di legittimità del provvedimento amministrativo.

ABSTRACT

The work is inspired by the recent amendment of art. 1 of L. n. 241/1990, paragraph 2 *bis* which introduces the principle of good faith in relations between citizen and public administration, to verify whether the principle in question can be considered as a parameter of the legitimacy of the administrative act.

PAROLE CHIAVE: buona fede, tutela affidamento, legittimità, provvedimento amministrativo.

KEYWORDS: good faith, legitimate expectations, legitimacy, administrative act.

INDICE: 1. Premessa – 2. La 'buona fede' come clausola generale: la regola della correttezza – 3. La buona fede e l'esercizio del potere: la tutela dell'affidamento – 4. La buona fede nel rapporto del cittadino con le pubbliche amministrazioni: gli orientamenti della giurisprudenza – 5. Alcune ipotesi conclusive sull'effettiva portata dell'art. 1 comma 2 bis della l. 241 del 1990

1. Premessa

La ragione di una riflessione intorno alla nozione di 'buona fede' da intendersi come parametro di legittimità del provvedimento amministrativo muove dalla nuova formulazione dell'art. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il cui comma 2 *bis*, di recente introduzione, prevede: "I rapporti tra il cittadino e la

pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”¹.

La norma solleva almeno due questioni rilevanti.

La prima questione riguarda la sua *ratio*, che a sua volta rimanda alla necessità di comprendere e definire cosa debba intendersi per buona fede, posto che si tratta di un concetto di difficile qualificazione. Se si guarda alla più matura esperienza del codice civile, dove si è rilevato che la locuzione ‘buona fede’ viene riportata circa una settantina di volte², lungi dall’aver una risposta appagante, si avverte ancora di più la complessità del quesito. Il dato codicistico restituisce una pluralità di ipotesi in cui si riscontra la nozione di buona fede (che per comodità sistematica ha condotto alla tradizionale partizione tra buona fede in senso oggettivo e soggettivo): per cui si va dalla buona fede come regola di condotta nelle trattative precontrattuali, alla buona fede come ignoranza di ledere l’altrui diritto, dall’obbligo di interpretazione del contratto secondo buona fede, alla presunzione di buona fede, alla buona fede come stato d’animo da cui desumere l’antitetica nozione di mala fede. Dunque, l’interrogativo posto in apertura riguarda, in primo luogo, la *colorazione* del concetto di buona fede nell’intenzione del legislatore che ha modificato la l. n. 241/90.

La seconda questione riguarda l’idoneità della previsione a generare una ‘nuova’ ipotesi di illegittimità del provvedimento per violazione dell’obbligo di buona fede, *sub specie* del vizio di violazione di legge. Ma sotto questo punto di vista, per un verso, l’effetto ipotizzato si sarebbe già realizzato: in termini generali, in forza del primo comma dell’art. 1 della l. 241/90, laddove si fa riferimento ai “principi dell’ordinamento comunitario”³; più specificamente, si deve

1 La nuova formulazione è intervenuta con l’art. 12, comma 1, lett. *0a*), del d.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

2 Così R. SACCO, *Affidamento* (voce), in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1957, 661; ma soprattutto ID., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

3 In tal senso G. TULUMELLO, *La tutela dell’affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in (a cura di), R. Ursi, G. Armao, C. Ventimiglia, *Liber amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022.

ricordare l'intervento del legislatore del 2005 che nell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa ha già introdotto il principio di garanzia del legittimo affidamento, «da un lato subordinando l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio al limite temporale del termine ragionevole oltre che ai criteri della comparazione degli interessi (art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990); dall'altro stabilendo la tutela indennitaria a vantaggio del destinatario del provvedimento di revoca anticipata (art. 21 *quinquies* della stessa L. n. 241/1990)»⁴. Per altro verso, proprio la possibilità che l'effetto della norma in esame possa essere quello di ammettere, in termini generali, che la buona fede possa essere parametro di legittimità del provvedimento amministrativo, solleva più di un dubbio e induce a immaginare che forse, anticipando parte delle conclusioni, il titolo di questo contributo avrebbe dovuto avere un punto interrogativo finale ed essere riformulato in questi termini: *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo?*

In relazione alle questioni proposte, sembra così che la previsione qui presa in considerazione possa risultare troppo generica, quanto al rinvio alla clausola generale sulla buona fede, ovvero superflua, se non addirittura contraddittoria, laddove si ragioni della possibilità di interpretare la buona fede quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

Le questioni però vanno affrontate più in profondità, sia pure entro i limiti imposti dalla necessaria brevità di questo contributo.

2. La 'buona fede' come clausola generale: la regola di correttezza

La difficoltà di una qualificazione della nozione di buona fede, la difficoltà di una sua *colorazione*, come si diceva all'inizio, che liberi la nozione da quella zona *grigia*, per rimanere nella metafora, nella quale sembra collocata, è diretta conseguenza della essenza stessa della locuzione 'buona fede': e cioè il suo es-

⁴ Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2020, n. 4392.

sere una 'clausola generale', «sintagma da sempre connotato da profonda ambiguità e vaghezza»⁵.

In termini generali, pur nella difficoltà di fornire una nozione unitaria, si può dire che le clausole generali rappresentino il mezzo per realizzare un certo fine all'interno dell'ordinamento, solitamente identificato in quello di renderlo maggiormente "flessibile" e "aperto" a determinate esigenze "evolutive" che si manifestano in seno alla società e/o allo stesso diritto. Con la conseguenza che clausole generali possano essere considerate come l'espressione di una particolare "tecnica legislativa", che consente di ottenere una maggiore flessibilità del vincolo di soggezione alla legge nel processo di interpretazione⁶.

La dottrina, pertanto, ha sottolineato come, in assenza di una specifica disposizione di legge, il ricorso alle clausole generali dell'ordinamento sia legato alla necessità di individuare una soluzione alla fattispecie rimessa all'esame dell'interprete, sia esso il giudice o il funzionario amministrativo: si tratta cioè di clausole che, nell'esprimere principi generali, manifestano la loro "valenza integrativa", in quanto capaci di colmare (o meglio di impedire) la lacuna dell'ordinamento⁷.

Il che pone il problema dell'opportunità del rimando alle clausole generali e del difficile equilibrio che l'ordinamento deve assicurare: giacché, è stato detto, le clausole generali possono concorrere a garantire l'efficienza e la flessibilità del sistema, consentendo l'individuazione di soluzioni creative che scongiurino il rischio della lacuna dell'ordinamento, ma pongono un evidente problema teorico e politico: un "ritrarsi del legislatore", a tutto vantaggio di un

5 V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 3

6 K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Milano, 1970, p. 170.

7 G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014, secondo il quale "i principi generali dell'ordinamento giuridico ... sono desunti da norme di legge che occupano nel sistema delle fonti lo stesso grado della norma che il giudice o il funzionario amministrativo dovrebbero applicare, ma non trovano (ed è per questo che il caso rimane ancora dubbio). Tali principi offrono il fondamento o la giustificazione per una soluzione che va comunque trovata, sebbene manchi una disposizione di legge regolatrice della materia: hanno cioè una valenza integrativa", p. 58.

maggiore spazio interpretativo giudice, a cui spetta il compito di individuare la regola del caso concreto⁸.

La natura integrativa della buona fede come clausola generale ne consente l'applicazione anche nei riguardi dell'agire amministrativo, prima ancora che il legislatore ne introducesse l'esplicito riferimento. Si dice tradizionalmente che, posta la distinzione tra buona fede soggettiva (che si riferisce a una condizione psicologica) e buona fede oggettiva (che è regola di condotta), la nozione di buona fede applicabile all'amministrazione sia solo quella oggettiva⁹. In altri termini, applicata all'attività in generale e all'esercizio del potere in particolare, il modo più ragionevole di intendere la buona fede dell'amministrazione è quello della buona fede come regola di condotta, che a sua volta si traduce in un dovere di "comportamento secondo correttezza" (art. 1175 c.c.).

Anche in tal senso, tuttavia, non pare di aggiungere granché al dibattito giuridico, posto che se invocare la regola della correttezza ha una certa rilevanza nei rapporti interprivati, nei riguardi della pubblica amministrazione, prima ancora della 'correttezza' come regola di condotta, rileva il procedimento, *id est* il 'giusto procedimento', come forma obbligata dell'esercizio del potere, che trova fondamento nei principi costituzionali dell'imparzialità e del buon anda-

8 L. NIVARRA, *Introduzione* a J.W. Hedemann, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, p. 28 e 32. Osserva l'A. che «le clausole generali danno forma a una duplice crisi, la società che si sfilaccia, si disgrega, si frammenta e il potere che si accentra: che rappresentano l'esatto contrario dell'ordine giuridico e politico affermatosi nell'Ottocento», p. 21. E tuttavia, le clausole generali non sono una causa del disordine della società, ma il loro uso "esorbitante" ne costituisce semmai un sintomo, p. 33. Inoltre, le clausole generali in un ambiente disordinato «fungono da moltiplicatore del disordine, perché trasferiscono nel sistema giuridico le spinte centrifughe del corpo sociale, mentre in un ambiente ordinato fungono da elemento stabilizzatore del sistema», p. 41. Sul delicato rapporto tra legislazione e giurisdizione, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3823.

9 Cfr. però F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 2001, sul funzionario di fatto (con particolare riguardo all'ipotesi prevista dall'art. 113 c.c.), p. 133: in tal caso, la nozione di affidamento del terzo che ripone fiducia sulla legittimazione del funzionario di fatto coincide con la condizione di buona fede soggettiva del funzionario medesimo, nella misura in cui egli "ignora di ledere l'altrui diritto", cfr. p. 138. In effetti, la buona fede in senso soggettivo si riversa poi nella buona fede in senso oggettivo, nella misura in cui si potrebbe dire che "l'ignoranza di ledere l'altrui diritto" postula una condotta 'oggettivamente' corretta. In argomento si veda altresì F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

mento¹⁰. Senza contare che, se guardiamo alla buona fede nell'ambito delle trattative precontrattuali, dove la regola della correttezza si fa procedimento, in caso di recesso ingiustificato dalle trattative l'effetto non è quello di un recesso invalido e dunque inidoneo a liberare la parte dal vincolo contrattuale, ma semmai quello di esporre il suo autore alla responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.). Nella dottrina civilistica il principio trova una certa conferma: così, secondo Mengoni, «in nessun caso, comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni»¹¹.

Ecco allora che emerge il senso della regola della correttezza, ben evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa: secondo il Consiglio di Stato, «le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte»¹².

Il fenomeno è chiaro da tempo alla dottrina, secondo cui il principio della buona fede in senso oggettivo, come regola di condotta, trova sempre appli-

10 In tal senso anche Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21; sul principio del giusto procedimento, si veda quanto osservato in M.C. CAVALLARO, *Principio di legalità e giusto procedimento: per una diversa lettura del rapporto tra legge e amministrazione*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso tra autorità/ libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 247.

11 L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 1. Di recente, tuttavia, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha formulato un orientamento in senso apparentemente contrario, ritenendo che «il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. legittima in punto di diritto l'insorgenza in ciascuna parte dell'affidamento che, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, ciascuna parte si comporti nella esecuzione in buona fede, e dunque rispettando il correlato generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del *neminem laedere*; ne consegue che in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo, l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore *per facta concludentia*, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto».

12 Cons. Stato, Ad. Plen., n. 21 del 2021, cit.

cazione, anche nel caso in cui apparentemente non consenta di evitare il sacrificio del privato: «quando la ragionevole ponderazione degli interessi implica il sacrificio della tutela dell'affidamento, la tutela dell'affidamento non viene meno, ma si sposta sul suo equivalente pecuniario»¹³. In altri termini, come nel diritto comune, la violazione del principio di buona fede non necessariamente implica l'invalidità dell'atto adottato e dunque l'inidoneità dello stesso alla produzione dell'effetto giuridico: ciò non toglie che, proprio in conseguenza degli effetti prodotti dall'atto lesivo del principio della buona fede, e dunque a tutela dell'affidamento del suo destinatario, scaturisca l'obbligo del ristoro economico del pregiudizio eventualmente sofferto¹⁴.

Paradigmatico è il caso dell'annullamento d'ufficio, che secondo l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, può esporre l'amministrazione a una responsabilità risarcitoria per violazione del principio di affidamento, ove si accerti che il privato aveva confidato nella legittimità dell'originario provvedimento¹⁵. Diversa, invece, è l'ipotesi della revoca, disciplinata dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, che ammette la corresponsione di un indennizzo a ristoro del pregiudizio patito dal privato, ammettendo in tal modo una forma di responsabilità dell'amministrazione da atto lecito¹⁶. Ma proprio l'espressa formulazione normativa dell'indennizzo esclude la necessità del ri-

13 F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., p. 16.

14 F. MERUSI, *op. cit.*, che chiarisce: «il fatto che il principio di buona fede si traduca nella tutela degli effetti di un atto invalido non è fenomeno abnorme, ma, al contrario, perfettamente conforme alla vettorialità dell'intero ordinamento giuridico», p. 105.

15 Si tratta dell'orientamento espresso da Cass. sez. un. ord. 23 marzo 2011, n. 6594, e poi successivamente riproposto in altre pronunce più recenti (su cui v. *infra*), secondo cui, in caso di annullamento di una concessione edilizia, «il proprietario o il titolare di altro diritto che lo abilita a costruire sul fondo hanno la esclusiva possibilità di invocare un'unica tutela (...): quella risarcitoria fondata sull'affidamento; viene in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza».

16 G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, 203.

corso alla clausola generale della (violazione dell'obbligo di) buona fede, in funzione integrativa della fattispecie: esiste cioè la disposizione di legge, che è idonea a risolvere il caso di specie, e l'interprete non ha necessità di ricorrere alla clausola generale per fondare l'obbligo dell'amministrazione di ristorare del pregiudizio cagionato al privato.

Tutto ciò potrebbe indurre a formulare delle prime conclusioni e ritenere che la buona fede, da intendersi come regola di condotta dell'amministrazione, non opera quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, ma semmai come fonte di responsabilità della stessa amministrazione nei confronti del privato¹⁷. Eppure, può essere utile proseguire l'indagine e assumere come oggetto di riflessione non tanto la buona fede, quanto piuttosto il principio ad essa correlato, ossia il principio della tutela dell'affidamento del cittadino nei riguardi della pubblica amministrazione.

3. La buona fede e l'esercizio del potere: la tutela dell'affidamento

In termini generali, l'affidamento può essere qualificato come quella situazione soggettiva riconducibile a colui il quale confidi nell'altrui comportamento secondo buona fede: ed è in tal senso che l'affidamento si intende tutelato dal principio di buona fede. Per Sacco la tutela dell'affidamento «tende a scalzare il diritto naturale», giacché il principio sta a indicare «quella regola secondo cui una certa situazione di fatto o di diritto è inoperante se non è nota ad un determinato soggetto»¹⁸. Per questo, si dice, la tutela dell'affidamento implica la tutela di una condizione di apparenza¹⁹.

17 Più precisamente, se la violazione del principio di buona fede non necessariamente implica l'illegittimità del provvedimento (potendo comunque esporre l'amministrazione a una forma di responsabilità risarcitoria), al contempo «non ogni illegittimità provvedimentoale (successivamente accertata) determina – per ciò solo – violazione del dovere di buona fede dell'amministrazione, ma soltanto quelle, da accertarsi in concreto, conseguenti alla mancata attivazione di uno sforzo esigibile secondo il parametro di normalità» (Tulumello).

18 R. SACCO, *Affidamento*, cit., 661.

19 Sull'apparenza si veda, in termini generali, A. FALZEA, *Apparenza* (voce), in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 682, per il quale «nell'apparenza la tutela del terzo deve necessariamente poggiare su una situazione di buona fede specificamente giustificata da una situazione di fatto oggettiva-

Ora, se, come detto, la nozione di buona fede applicabile alla p.a. è solo quella oggettiva, da intendersi come regola di condotta, e se, in termini generali, l'affidamento protetto dall'ordinamento è la situazione soggettiva di chi confida nell'altrui condotta secondo buona fede, applicando il ragionamento all'esercizio del potere amministrativo tale situazione soggettiva, riconducibile al privato destinatario del provvedimento, implica la necessità che l'amministrazione ne tenga conto nell'esercizio del potere e, dunque, all'interno del procedimento, quale sede di trasformazione del potere in atto.

Ancora una volta, tuttavia, la questione, nei termini appena esposti, non presenta tratti di significativa originalità. Già a partire dagli anni Settanta, infatti, la dottrina amministrativistica aveva colto nel principio della tutela dell'affidamento un limite all'esercizio del potere, che impone all'amministrazione l'obbligo di bilanciare l'interesse da perseguire attraverso l'adozione del provvedimento finale con l'affidamento del destinatario dell'atto²⁰.

Il ragionamento appena richiamato ripercorre la linea già in parte tracciata dalla dottrina civilistica. S'è già detto come per Mengoni il principio della buona fede nel corso delle trattative precontrattuali debba essere interpretato come regola di condotta, la cui violazione dà luogo a responsabilità e non incide sulla validità della fattispecie rispetto alla quale opera. Nella riflessione di Rodotà, pur ammettendosi la differente operatività della clausola generale, la regola di correttezza è definita come «limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata, quale è comunemente intesa, e più precisamente di una indicazione che incide sui poteri attribuiti ai privati dal primo comma dell'art. 1322»²¹. E, probabilmente, è in tal senso che la dottrina amministrativistica ha cominciato

mente capace di trarre in inganno qualsiasi terzo».

²⁰ Il riferimento è ancora una volta al già richiamato lavoro di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.; il principio della tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'amministrazione ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che, a partire dalla sentenza 17 dicembre 1985, n. 349, ha sottolineato come «l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto».

²¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, II Ed., Milano, 2004, p. 186.

a ragionare di rilevanza del principio dell'affidamento nei rapporti tra amministrazione e cittadino.

In altri termini, non la buona fede come parametro di legittimità del provvedimento, ma l'affidamento come limite all'esercizio del potere. Ciò consente di ritenere che la violazione del principio dell'affidamento implica, o potrebbe implicare, l'illegittimità del provvedimento sotto il profilo dell'eccesso di potere. Nel senso che, se la tutela dell'affidamento si traduce nella necessità di introdurre un limite all'esercizio del potere, non v'è dubbio che, laddove il potere non sia correttamente esercitato e dunque non tenga in adeguata considerazione l'affidamento del privato, potrebbe ipotizzarsi l'eventualità di un vizio di eccesso di potere del provvedimento finale.

In tal modo, se nel diritto comune la buona fede, intesa come regola di condotta, può essere intesa come un limite all'autonomia privata, in senso analogo, l'amministrazione nell'esercizio del potere incontra il limite dell'affidamento del privato. Eventualità che, nell'ambito dell'attività amministrativa che si manifesta attraverso l'esercizio del potere, assume un rilievo del tutto peculiare in ragione del fatto che l'attività stessa è preordinata alla realizzazione dell'interesse pubblico. Si vuole con ciò ammettere la possibilità che, «se per interesse pubblico si intende un interesse identificato da una norma sull'attività amministrativa (...), può considerarsi interesse pubblico anche quello eventualmente identificato dal principio di buona fede»²².

Nella prospettiva appena considerata, e nel tentativo di cogliere una rilevanza e un tratto innovativo del comma 2 *bis* dell'art. 1 della l. 241/90, si potrebbe ritenere che la traduzione del principio di buona fede nella legge generale sul procedimento amministrativo potrebbe consentire di "obiettivare" un interesse che l'amministrazione deve valutare e ponderare nell'esercizio della propria azione. Non che la 'buona fede' si faccia interesse pubblico, ma la stessa

22 F. MERUSI, *op. cit.*, p. 115. Meglio, «nel caso di atti amministrativi favorevoli viziati, l'eventuale affidamento generato nel destinatario dalla prolungata inerzia dell'amministrazione di fronte all'atto viziato deve essere valutato secondo buona fede», p. 142.

può essere considerata come un ulteriore interesse da bilanciare ai fini della scelta discrezionale che deve essere compiuta dall'amministrazione²³.

Siamo però ben lontani dal configurare la buona fede come parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

Per due ragioni. In primo luogo, perché, come in parte già considerato, la tutela dell'affidamento del privato, pur se scaturisce da una regola di condotta cristallizzata nel principio di buona fede, può non coincidere con l'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire²⁴: detto diversamente, l'amministrazione può essere ben consapevole dell'affidamento che il cittadino ha riposto su un dato provvedimento e ciononostante può dover decidere che tale interesse privato debba cedere rispetto alle ragioni di interesse pubblico.

D'altra parte, e con ciò si introduce la seconda ragione, il cittadino a sua volta è ben consapevole della potenziale incertezza e della possibile instabilità dell'assetto di interessi generato da un dato provvedimento, non foss'altro che lo stesso è esposto, sia pure entro certi limiti temporali, al potere di autotutela dell'amministrazione e dunque al potere della stessa di rivedere i propri atti, per sopravvenute ragioni di interesse pubblico.

4. La buona fede nel rapporto del cittadino con le pubbliche amministrazioni: gli orientamenti della giurisprudenza

Rispetto alle osservazioni sinora svolte, può essere utile volgere lo sguardo alla giurisprudenza amministrativa per verificarne gli orientamenti più salienti.

23 Sull'affidamento e la tecnica del bilanciamento, v. sia pure in termini critici A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 121.

24 F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 823, secondo la quale, più precisamente, «nel linguaggio amministrativistico l'affidamento tutelato nell'ambito del rapporto amministrativo è l'affidamento 'legittimo' che potrebbe sussistere (rendendo necessario il confronto tra gli interessi) e, tuttavia, l'interesse finale che si collega alla situazione di affidamento potrebbe risultare non soddisfatto», che poi aggiunge: «il soddisfacimento dell'interesse del privato procede dunque dal bilancio del costo sociale dell'annullamento».

S'è già detto del chiarimento formulato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che sottolinea i due diversi piani in cui operano le regole della legittimità amministrativa e quelle della correttezza, chiarendo in tal modo che la regola di condotta, nella misura in cui concerne «la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte», non è qualificabile come parametro di legittimità dell'atto²⁵.

A conferma delle osservazioni finora fatte, e vista l'autorevolezza dell'organo che ha formulato l'indirizzo appena richiamato, non sono particolarmente numerose le pronunce di illegittimità del provvedimento amministrativo per violazione del dovere di buona fede dell'amministrazione, facendosi per lo più riferimento alla violazione di ulteriori obblighi di legge, quale ad esempio, in caso di provvedimento di annullamento d'ufficio, il superamento del termine temporale per pronunciarsi²⁶.

Più frequenti sono invece le pronunce che affermano la responsabilità dell'amministrazione per violazione del principio di affidamento, rispetto al quale, com'è noto, è stata ipotizzata una distinzione tra la situazione soggettiva dell'affidamento *incolpevole* e quella dell'affidamento *legittimo*. Si tratta di un'interpretazione introdotta dalla Corte di Cassazione, che in più occasioni ne ha ribadito l'utilità, allo scopo precipuo di ritagliare un nuovo spazio di giurisdizione per il giudice ordinario²⁷. Sostiene, infatti, il giudice del riparto che la responsabilità dell'amministrazione che scaturisce dalla lesione dell'affidamento del privato ha natura relazionale e deve essere qualificata come responsabilità «da contatto sociale». Essa origina dal rapporto procedimentale tra il privato e la

25 Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 21/2021, cit.

26 Così, ad esempio, Tar Lazio, sez. I, 29 aprile 2016, n. 288, secondo cui «È illegittimo il provvedimento di annullamento, ex art. 21-nonies, l. 7 agosto 1990 n. 241, degli effetti prodotti da una denuncia di inizio attività in variante che sia stato adottato nonostante il decorso di un periodo di quasi quattro anni in violazione del principio del « termine ragionevole » (tenuto altresì conto che per effetto delle ultime modifiche normative non è considerato ragionevole un termine superiore a 18 mesi) e in assenza di ogni ponderazione/comparazione tra l'interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione degli effetti della Dia e l'interesse dei destinatari dell'atto».

27 Cass. sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.

pubblica amministrazione, che deve essere inteso «come fatto idoneo a produrre obbligazioni “in conformità dell’ordinamento giuridico” (art. 1173 c.c.): sicché matura a carico di entrambe le parti non un vero e proprio obbligo di prestazione, «ma reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, in virtù degli artt. 1175 c.c. (correttezza), 1176 c.c. (diligenza) e 1337 c.c. (buona fede)»²⁸.

Più pragmatico l’indirizzo espresso dalla giurisprudenza amministrativa, che sostanzialmente non coglie una sensibile differenza tra le situazioni soggettive, ritenendo che l’affidamento incolpevole (così come l’affidamento legittimo) trovi fondamento in una “situazione di apparenza” generata dall’amministrazione attraverso il provvedimento adottato (ovvero attraverso un comportamento riconducibile all’esercizio del potere, quale ad esempio il silenzio della stessa amministrazione): tale “situazione di apparenza” è idonea a fondare, in capo al privato, una concreta aspettativa di stabilità di quel determinato assetto di interessi. In tal modo, laddove il provvedimento sia poi annullato, il suo destinatario potrà vantare «una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso», la cui mancata soddisfazione dev’essere considerata meritevole di tutela, per equivalente.

L’orientamento così formulato consente al giudice amministrativo di affermare la propria giurisdizione, dal momento che la tutela risarcitoria non è funzionale a «compensare il bene della vita perso a causa dell’annullamento del provvedimento favorevole», perché proprio il suo annullamento ne esclude la spettanza: semmai, la tutela consente di «ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse»²⁹. Questo potrebbe essere il caso della revoca di un provve-

28 Cass. sez. un. 28 aprile 2020, n. 8236.

29 Cons. Stato, Ad. Plen., n. 21 del 2021, cit. Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, dal raffronto degli orientamenti riferiti emerge che «secondo la Cassazione, l’affidamento incolpevole non presuppone la fiducia nella legittimità del provvedimento in quanto tale, bensì la fiducia suscitata dalle particolari circostanze del caso, in quanto idonee a giustificare l’affidamento nella conservazione della situazione giuridica acquisita; mentre, più concretamente, per la giurisprudenza amministrativa in caso di affidamento incolpevole l’affidamento è leso, ad esempio, se l’annullamento o la revoca degli atti di gara sono bensì legittimi, ma si sono resi inevitabili a

dimento favorevole resa necessaria dalla condotta negligente dell'amministrazione nell'adottare il provvedimento originario. Ma non v'è dubbio che, in tal caso, si ritorna al punto di partenza: l'affidamento cioè, è inteso come limite all'esercizio del potere, che eventualmente viene bilanciato dall'amministrazione alla stregua dell'interesse pubblico, dovendo essa decidere se conservare gli effetti del provvedimento su cui il privato ha fatto affidamento, ovvero disporre la rimozione con conseguente obbligo per la stessa amministrazione di ristorare il pregiudizio prodotto.

Probabilmente il contrasto tra gli orientamenti riferiti è legato, come detto, alla necessità di radicare la giurisdizione: per cui la stessa sarà affidata al giudice ordinario, seguendo l'orientamento del giudice del riparto, che qualifica l'affidamento come una situazione soggettiva, la quale origina dalla violazione di obblighi di protezione sorti nell'ambito di un rapporto procedimentale; ovvero al giudice amministrativo, ammettendo che si tratti, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, di una situazione soggettiva paragonabile all'interesse legittimo, in quanto correlata all'esercizio del potere.

La dottrina, per parte sua, ha ritenuto condivisibile la distinzione proposta dal giudice del riparto, ma sulla base di un diverso ordine di argomentazione, ossia muovendo dal presupposto che affidamento legittimo e affidamento incolpevole, ovvero affidamento secondo buona fede, siano figure diverse, «per funzione e per struttura».

In particolare, l'affidamento legittimo assumerebbe rilievo come limite all'esercizio del potere amministrativo, cosicché, in ipotesi di procedimenti di secondo grado, ipotesi classica nella quale la situazione soggettiva in discorso assume una certa consistenza, il privato non avrà un'aspettativa concreta al mantenimento in vita del provvedimento favorevole, ma avrà una legittima aspettativa a che l'esercizio del potere di autotutela tenga in adeguata considerazione la sua situazione soggettiva.

causa di negligenze dell'amministrazione».

In tal modo, secondo l'orientamento proposto, l'affidamento legittimo può essere equiparato all'interesse legittimo, in quanto si tratta di una situazione soggettiva che si correla al potere discrezionale dell'amministrazione, il cui contenuto si traduce in una «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»; laddove, invece, l'affidamento incolpevole «viene in considerazione quale elemento di una situazione che chiede protezione contro le conseguenze dannose della fiducia mal riposta»³⁰.

In ogni caso, rimane il dato di carattere generale accolto in apertura, e cioè che l'eventuale differenza tra affidamento legittimo e affidamento incolpevole, per quanto possa produrre delle ricadute sulla natura della relativa situazione soggettiva, non incide sulla sostanza della nozione di affidamento, la quale è pur sempre correlata all'altrui comportamento secondo buona fede. E, nella specificità del rapporto tra amministrazione e cittadino, l'affidamento, legittimo o incolpevole, funge da limite all'esercizio del potere, la cui violazione non costituisce un parametro di legittimità del provvedimento amministrativo, ma espone l'amministrazione a una responsabilità risarcitoria.

5. Alcune ipotesi conclusive sull'effettiva portata dell'art. 1 comma 1 bis della l. 241 del 1990

Il punto su cui, invece, vale la pena soffermarsi, è che proprio a partire dalla natura relazionale della responsabilità cui si espone l'amministrazione che abbia leso l'affidamento del privato, secondo la ricostruzione offerta dalla Cor-

30 F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., secondo la quale «Nell'affidamento secondo buona fede, la fiducia riposta nell'altrui correttezza non assume rilevanza giuridica se non nel momento nel quale l'affidamento è stato deluso e chiede riparazione. Al contrario, la tutela dell'affidamento legittimo è congegnata in modo da prevenirne la delusione: la fiducia del beneficiario del provvedimento favorevole sarà delusa soltanto se nel procedimento di secondo grado — il cui avvio gli è comunicato, così da permettergli di partecipare all'istruttoria — non verrà assegnato il giusto peso all'interesse del medesimo a conservare il bene che gli era stato attribuito».

te di Cassazione³¹, è possibile ipotizzare nuovi orizzonti della tutela dell'affidamento, ai fini dell'interpretazione dell'art. 1 comma 2 *bis* della l. n. 241 del 1990.

La norma, cioè, non introdurrebbe uno specifico vincolo per l'amministrazione tenuta già, in funzione dei principi che governano l'esercizio del potere, al rispetto delle regole di condotta tipizzate nel procedimento e alla tutela dell'affidamento come limite all'esercizio del potere medesimo; ma introdurrebbe, semmai, uno specifico vincolo per il privato, tenuto a comportarsi secondo buona fede nei rapporti con l'amministrazione.

Il ragionamento sembra condiviso anche dal Consiglio di Stato, secondo il quale «il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede» manifesta una valenza bilaterale, poiché si sviluppa all'interno del rapporto procedimentale che, per quanto connotato dall'esercizio del potere, che tende a sbilanciare il rapporto a favore dell'amministrazione, è pur sempre caratterizzato e, per certi versi “compensato”, dal principio partecipativo. In tal modo, la regola di condotta secondo buona fede è senz'altro, per le considerazioni sinora svolte, riferibile all'amministrazione, ma deve intendersi riferita anche nei confronti di quei soggetti, portatori di interessi pubblici e privati che prendono parte al procedimento, traducendosi non in veri e propri obblighi di prestazione, bensì in obblighi comportamentali, o di protezione³². Si tratta di obblighi

31 Cfr. A. NICOLUSSI, *La natura relazionale della responsabilità «preprovvedimentale» della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 791.

32 Cons. Stato, Ad. Plen. 29 novembre 2021, n. 20: «il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi una portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; tale dovere comportamentale 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, 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».

che connotano il rapporto procedimentale, la cui violazione, secondo la dottrina civilistica, genera una forma di responsabilità di tipo 'relazionale', ovvero una responsabilità da 'contatto sociale'³³.

Anche in tal caso, tuttavia, va segnalato come prima ancora dell'intervento del legislatore, la giurisprudenza era giunta ad affermare e a sottolineare la necessità della buona fede anche da parte del privato nei rapporti con l'amministrazione, ritenendo che l'assenza della buona fede impedisse la correlata protezione dell'affidamento³⁴.

Come pure, al di là dell'odierno intervento normativo, è possibile rinvenire, in altre disposizioni della l. 241 del 1990, i segni di una regola della correttezza che vincola l'attività del privato: per cui ad esempio, in materia di segnalazione certificata di inizio di attività, l'art. 19, comma 3, l. n. 241/1990 prescrive la completezza e la veridicità delle dichiarazioni rese dal privato, «con la conseguenza che, in presenza di una dichiarazione inesatta o incompleta, sussiste comunque il potere dell'amministrazione di inibire l'attività dichiarata», poiché il termine di controllo ordinario sulla SCIA non può iniziare a decorrere³⁵. E ancora, l'eventuale errore sui presupposti della SCIA, che è una dichiarazione unilaterale, non può generare a favore del privato che è incorso in errore un affidamento, laddove l'amministrazione non provveda per tempo all'esercizio dei poteri inibitori, potendo tale omissione comportare un'eventuale responsabilità

33 Sulla responsabilità da contatto sociale, v. per tutti C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997; sull'applicabilità del modello alla responsabilità dell'amministrazione per il legittimo esercizio della funzione, sia consentito il rinvio a M. C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004.

34 Si veda ad esempio Tar Piemonte, sez. II, 23 maggio 2018, n. 636, secondo cui «Se è vero, in generale, che il potere della P.A. di annullare in via di autotutela un atto amministrativo illegittimo incontra un limite generale nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'iniziale adozione dell'atto (i quali plasmano il conseguente obbligo motivazionale), è parimenti vero che le medesime esigenze di tutela non possono dirsi sussistenti qualora il contegno del privato abbia consapevolmente determinato una situazione di affidamento non legittimo; in tali casi la Pubblica amministrazione potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato, in capo al quale non sarà configurabile una posizione di affidamento legittimo da valutare in relazione al concomitante interesse pubblico».

35 Tar Sicilia, Palermo, n. 3480 del 2021.

del soggetto pubblico, non anche la sanatoria della dichiarazione mancante di un requisito essenziale³⁶.

Qualche perplessità desta però l'orientamento di buona parte della giurisprudenza in materia di finanziamenti pubblici. In particolare, se appare condivisibile, oltre che coerente con quanto sinora s'è visto, l'orientamento secondo cui ove il bando sia idoneo ad assicurare una adeguata e sufficiente conoscenza delle condizioni di ammissibilità alla contribuzione, il privato destinatario del finanziamento non può riporre un fondato affidamento sul carattere definitivo del contributo inizialmente riconosciuto, maggiori perplessità desta la conclusione del ragionamento appena riferito, che ammette che sull'Amministrazione non possa, per ciò stesso, gravare «un particolare onere di motivazione a sostegno del recupero di quanto indebitamente riconosciuto a titolo di contributo»³⁷. E su questa scia si colloca il filone della giurisprudenza sulla natura doverosa dell'annullamento d'ufficio, funzionale a recuperare somme non dovute.

In altri termini, non convince il principio in base al quale l'eventuale mala fede del privato, tutta da dimostrare poiché semmai è la buona fede che si presume, non la mala fede, possa sollevare l'amministrazione dall'obbligo motivazionale e dunque dal rispetto del principio di legalità.

Sotto questo profilo, sembra più ragionevole la soluzione cui è pervenuta la Corte EDU in merito alla vicenda di una dipendente INPS condannata a restituire al datore di lavoro delle retribuzioni indebitamente percepite a titolo di assegno *ad personam*³⁸. In particolare, la Corte ha ritenuto che rientrasse nel campo di applicazione della norma convenzionale il “legittimo affidamento”

36 Tar Lazio, Roma n. 4525 del 2021, che precisa: «di conseguenza, il provvedimento con cui l'Amministrazione accerta che le opere edili non potevano essere realizzate mediante D.I.A., occorrendo il permesso di costruire, non è espressione di autotutela, ma ha valore meramente accertativo di un abuso doverosamente rilevabile e reprimibile senza, peraltro, il limite di dover agire entro un termine ragionevole, chiaramente inapplicabile all'attività di vigilanza edilizia, tanto più che il dichiarante non può, per le ragioni anzidette, vantare nessun affidamento».

37 Cons. Stato, sez. II, n. 7246 del 2019.

38 Corte EDU, 11 febbraio 2021, sul ricorso n. 4893/13, C. c. ITALIA, l'importo non dovuto era pari a euro 13.288,39 e le retribuzioni, percepite nel periodo settembre 1998/febbraio 2004 a titolo di assegno ad personam, erano state sottratte erroneamente al riassorbimento.

della ricorrente di poter conservare le retribuzioni percepite, in quanto acquisite «in forza della spontaneità del pagamento, della sua provenienza da un ente qualificato, della sua durata». E pur ravvisando la legalità dell'ingerenza (trattandosi di misura prevista dalla legge) e la legittimità del suo scopo (in quanto è nell'interesse pubblico che i beni ricevuti in assenza di titolo debbano essere restituiti allo Stato), ha ritenuto carente il requisito della proporzionalità.

In altri termini, anche ad ammettere che la *ratio* della norma qui considerata sia quella di prevedere che il principio di buona fede debba conformare il comportamento del privato nei riguardi dell'amministrazione e all'interno del rapporto procedimentale, non pare che si possa desumere per ciò stesso che la violazione di tale principio possa comportare un allentamento dell'obbligo motivazionale da parte dell'amministrazione, perché ciò rischierebbe di tradursi in un ingiustificato, ma soprattutto pericoloso, arretramento del principio di legalità.

Sembra così plausibile concludere che, in presenza dei più saldi principi che conformano l'agire amministrativo e di puntuali disposizioni di legge che possono offrire la regola del caso concreto, rimane saldo il convincimento espresso all'inizio, che tende a escludere che la violazione dell'obbligo di buona fede possa essere considerato quale vizio di legittimità del provvedimento amministrativo, se riferito alla pubblica amministrazione. Per altro verso, pur ritenendo che anche il privato sia tenuto al comportamento secondo buona fede nei riguardi dell'amministrazione, non pare convincente la soluzione per cui la regola della correttezza riferita al privato possa tradursi in una presunzione di una mala fede del privato medesimo: soprattutto, laddove tale presunzione sia utilizzata per giustificare una misura, anche sanzionatoria, da parte dell'amministrazione (come la revoca di contributi concessi), senza quell'articolato e doveroso *iter* logico-giuridico che ne costituisca l'adeguata motivazione.

Non foss'altro che per il rischio evidente di preferire la valenza integrativa della clausola generale della buona fede, al più stringente principio di legali-

tà: il rischio cioè che le clausole generali nell'aprire dei varchi alla discrezionalità dell'interprete possano minare la forza stabilizzatrice del diritto.