

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

CONSIDERAZIONI GENERALI SU BUONA FEDE E RESPONSABILITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

GENERAL CONSIDERATIONS ON GOOD FAITH AND PUBLIC LIABILITY IN ADMINISTRATIVE LAW

SINTESI

Il presente saggio si propone di effettuare, a fronte del variegato panorama di impostazioni di stampo dottrinale e giurisprudenziale che è dato in proposito riscontrare, un inquadramento generale del concetto di buona fede e della natura della responsabilità nell'ambito del diritto amministrativo. In particolare, si vuole mettere in evidenza la loro capacità di dare rilevanza ad un piano ulteriore del comportamento amministrativo, quale, in sé considerato, esterno a quello proprio della funzione.

ABSTRACT

This paper aims to provide general considerations on the concept of good faith and on the nature of public authorities' liability in administrative law. Particularly, we will demonstrate how these figures are capable of providing administrative activity with a further dimension of juridical relevance.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; buona fede; responsabilità della P.A.; situazioni giuridiche soggettive; procedimento amministrativo.

KEYWORDS: administrative law; good faith; public liability; subjective juridical positions; administrative procedure.

INDICE: 1. Introduzione. Natura delle situazioni giuridiche nel diritto amministrativo e ruolo della buona fede e della responsabilità. – 2. Buona fede oggettiva e diritto amministrativo. – 2.1 Critica al valore della buona fede come regola interna della funzione. – 2.2 La buona fede come regola dell'agire amministrativo esterna al piano di rilevanza proprio della funzione. Le situazioni giuridiche prettamente sostanziali come situazioni residuali. – 2.3 I rapporti tra le due tipologie di situazioni. – 3. Tipologia di situazioni giuridiche e distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. La qualificazione della situazione correlata alla buona fede. – 3.1 (segue) Riparto di giurisdizione. – 4. Considerazioni sulla responsabilità amministrativa. La situazione giuridica risarcitoria quale situazione prettamente sostanziale. – 4.1 Caratteri generali della responsabilità procedurale della P.A. La responsabilità da lesione della buona fede.

1. Introduzione. Natura delle situazioni giuridiche nel diritto amministrativo e ruolo della buona fede e della responsabilità

Le considerazioni, che in questa sede si vogliono effettuare, sull'applicazione alla P.A. del canone di buona fede e correttezza, da un lato, e sulla responsabilità amministrativa, dall'altro, partono dalla constatazione per cui, nell'attuale rappresentazione dei rapporti di diritto amministrativo, si stia assistendo, rispetto alla tradizionale contrapposizione tra riferimenti a categorie speciali pubblicistiche, e sottoposizione alle generali categorie privatistiche, ad una differente dicotomia (non necessariamente o completamente sostitutiva) riferibile, piuttosto, all'alternativa della loro considerazione in chiave, per così dire, puramente sostanzialistica, ovvero in chiave più marcatamente procedurale¹.

Ci sembra, in effetti, che nel quadro attuale, in relazione alla considerazione del potere e dell'interesse legittimo, e, più in generale, dello stesso fenomeno dell'azione amministrativa, venga ad assumere un più preciso inquadramento (nella sua raffigurazione e nelle relative conseguenze) l'alternativa tra la valorizzazione del dato *prettamente sostanziale*, che contrappone, nelle loro sfere sostanziali, l'individualità dell'Amministrazione all'individualità del cittadino, e la valorizzazione della *funzione in termini strutturali*, dell'azione amministrativa come formazione della decisione, nel cui ambito si colloca il rapporto tra le situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti, declinandosi in termini corrispondenti. Si è, in questo senso, al cospetto dell'alternativa tra considerazione dell'Amministrazione come soggetto di diritto comune e considerazione dell'Amministrazione come ordine processuale.

¹ Tale contrapposizione è stata da noi ampiamente rappresentata in *Potere e situazioni soggettive*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, pp. 238 ss. e 384 ss.; nonché, per alcune sue conseguenze, *Potere e situazioni soggettive*, II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022, pp. 211 ss. e 228 ss., e *Potere e situazioni soggettive*, II-2, *Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, 2023, p. 209 ss. Per una sintesi delle medesime considerazioni, si vedano *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. una proposta di confronto*, in *Pers. Amm.*, 2021, p. 385 ss.; *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 254 ss.

In questo senso, nella riduzione dell'azione amministrativa ad un piano prettamente sostanziale, l'inquadramento del rapporto tra P.A. e privato avviene all'interno dei canoni generali del diritto comune, per come riferiti agli ordinari rapporti negoziali, entro i quali vengono assorbite anche le specifiche regole che caratterizzano l'agire dell'Amministrazione, tra cui, in particolare, quelle di matrice procedimentale e quelle afferenti alla scelta discrezionale. In tale prospettiva, il rapporto P.A.-privato può ricondursi al canone generale della correttezza, e può rilevare in una pluralità di sensi, e cioè, più in particolare: come obbligo di prestazione a cui è riconducibile la pretesa che attiene al rapporto di carattere sostanziale, in ordine al quale il rispetto delle garanzie formali e procedurali attiene agli obblighi secondari di comportamento o ad obblighi di protezione che caratterizzano il rapporto stesso; come obbligo di prestazione a cui sono riconducibili tutte le garanzie concernenti l'esercizio del potere; come assenza di obblighi di prestazione, tutte le garanzie attenendo ad una c.d. obbligazione senza prestazione².

In particolare, nella sua più compiuta elaborazione, che fa capo alla prima delle alternative appena descritte, la situazione giuridica soggettiva che si rapporta con il potere amministrativo (l'interesse legittimo) è riconducibile, in termini di teoria generale, ad una *pretesa* (ad un diritto a struttura creditizia), che si pone in rapporto con ciò che è normativamente garantito, cioè all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole³. L'esistenza della possibilità

² La prima impostazione è quella, in particolare, portata avanti da L. Ferrara, di cui subito di seguito, nel testo e in nota. Alla seconda alternativa, più generale, può ricondursi A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 153 ss. Nell'ultimo senso, si veda, invece, la ricostruzione di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. dir. prin.*, 1999, p. 1264 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 219 ss., spec. p. 237 ss.; ID., *La "civiltà" della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. civ.*, 2013, p. 637 ss. (l'A. fa riferimento alla Sua ricostruzione dell'obbligazione senza prestazione, su cui cfr. *infra*, par. 2, in nota). Sul punto sia consentito rimandare, per più ampie specificazioni e relativi riferimenti, a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 221 ss.

³ È questa la ricostruzione che si ritrova in L. FERRARA, di cui si vedano, in particolare, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 139 ss., spec. p. 175 ss.; *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 213, p. 641 ss.

normativa è data dall'integrazione dei presupposti corrispondenti ai requisiti vincolati, di ordine sostanziale, della fattispecie riferibile al potere⁴. La sua attuazione, di conseguenza, corrisponde, nell'ipotesi di potere vincolato, all'attribuzione dell'utilità finale (la produzione o la non produzione dell'effetto); ovvero, nell'ipotesi di potere discrezionale, alla corretta definizione della *chance* legale ad ottenerlo, a sua volta determinata dalla corretta applicazione delle norme sostanziali, elastiche e di principio, che disciplinano l'esercizio del potere discrezionale⁵. Al di fuori della garanzia normativa, e del corrispondente rapporto pretesa-obbligo, vi è libertà, cosicché, in questo senso, può dirsi che la discrezionalità viene ad essere ricondotta al merito. Il canone della responsabilità è, in sé, unitario, di carattere contrattuale, ed è riconducibile, in via generale, al mancato scioglimento dell'incertezza legale a cui soggiace il singolo a fronte del potere discrezionale, derivante, a sua volta, dal mancato riconoscimento della sussistenza della possibilità normativa o della sua scorretta attuazione (dello scorretto esercizio della discrezionalità)⁶.

Questa visione, che possiamo appunto definire, per i motivi spiegati, di carattere prettamente sostanzialistico, persegue essenzialmente il fine di estraniare le logiche del rapporto amministrativo da quelle della funzionalizzazione, intesa, sotto il profilo teleologico, quale finalizzazione – e, si assume, subordinazione – al perseguimento dell'interesse pubblico⁷.

4 L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 645.

5 L. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 646.

6 L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 637 ss.

7 La considerazione del diritto al rispetto dei vincoli a cui l'azione amministrativa è assoggettata, e la risoluzione, nella logica delle regole, della discrezionalità nel merito, con conseguente espunzione della funzionalizzazione al perseguimento del pubblico interesse, è, in questo senso, considerazione comune della Scuola fiorentina: cfr. E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, p. 257 ss.; ID., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, 1963, ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, pp. 111 ss. e 125 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. fior.*, 1989, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1307 ss., spec. p. 1328 ss.; ID., *Alla ricerca*, cit., p. 153 ss.; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 34 ss.; ID., *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 133 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 168 ss.; ID., *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 73 ss.; C. CUDIA, *Funzione ammini-*

La via in tal modo seguita, tuttavia, non è stata esente da critiche, volte a considerare come l'espunzione del canone della funzionalizzazione comportamenti discrasie in ordine alla rappresentazione dei rapporti di diritto pubblico.

In particolare, è stato in proposito rilevato come, opinando nel senso descritto, si rischi di espungere anche l'apparato di garanzie proprie del modello pubblicistico, che, proprio attraverso l'elaborazione delle relative categorie di azione amministrativa, ha tradizionalmente consentito una mancata equiparazione tra discrezionalità e merito (e, nella sostanza, lo stesso disconoscimento di un valore concettuale autonomo al merito), e un pregnante sindacato sulle modalità di esercizio del potere.

Inoltre, si è pure aggiunto come, attraverso il disconoscimento della funzionalizzazione, si finisca per pervenire non soltanto ad una obliterazione del suo valore in ordine all'aspetto teleologico alla stessa riferibile, ma anche ad una compiuta estromissione del rilievo che la funzionalizzazione riceve, sul piano normativo, sotto il profilo strutturale del modello di produzione⁸.

Se si aderisce a queste critiche, e si nega così cittadinanza al canone ricostruttivo in esame, si vengono a negare anche le conseguenze in ordine alla declinazione corrispondente del canone della correttezza e della responsabilità amministrativa.

La necessità di non oblitelare i caratteri strutturali del modello di produzione ha portato allora un altro filone dottrinale – pur al precedente accomunato dall'avversione alla tradizionale interpretazione delle categorie amministrative attraverso il prisma del profilo teleologico della funzione, per come in sé

strativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto, Milano, 2008, *passim*, spec. p. 352 ss.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, p. 11 ss. Si veda pure in proposito S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 762 ss. (di cui cfr. anche ID., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 203, n. 183). Aderisce poi a questa impostazione anche G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 863 ss. Sul punto, per una compiuta esposizione, e per più precisi riferimenti, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 227 ss.

⁸ Cfr. in proposito le note successive.

considerato – a valorizzare la funzione sotto il suo profilo strutturale⁹. Tale profilo strutturale – il profilo, cioè, delle modalità di concretizzazione del potere in atto all'interno del processo di produzione normativa, e, più nello specifico, delle modalità di formazione della decisione in ordine al suo esercizio o al suo non esercizio – non può infatti considerarsi neutrale rispetto all'ordinamento; esso, al contrario, risponde ad una precisa scelta di valore, dall'ordinamento stesso compiuta.

Per tale differente prospettiva, a cui chi scrive in via generale aderisce, è possibile declinare la consistenza del rapporto tra P.A. e privato nei termini corrispondenti alla struttura normativa della funzione amministrativa. In questo senso, se si afferma, secondo quanto in altra sede si è avuto modo di rappresentare, che detta struttura sia improntata ad un canone generale di carattere processuale¹⁰, in maniera corrispondente andrebbe considerato il relativo rap-

⁹ Tale rilievo sottende alla considerazione della funzione sotto il suo profilo strutturale, rispetto alla sua concezione tradizionale improntata all'aspetto teleologico del potere (largamente diffusasi soprattutto in ragione dell'autorevolezza di SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 179 ss.). L'originaria rappresentazione della funzione in termini strutturali, quale rivolta alla trasformazione del potere nell'atto (propria dell'impostazione di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1117 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 991 ss., spec. p. 1018 ss., ed ivi nn. 59 ss.; ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 85 ss.; ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 176 ss.), ha consentito di valorizzare il profilo strutturale dell'attività, ponendone in ombra l'elemento teleologico, in maniera più o meno marcata in ragione delle differenti teorizzazioni (in particolare, il riferimento è al filone oggettivistico che da F. Benvenuti ha preso le mosse: in questo senso, si vedano i contributi di G. Berti e G. Pastori, di cui alla nota successiva), così fondando una distinzione delle differenti procedure che sia riferibile al loro dato strutturale. Rispetto ad essa, si è spiegato come il passo successivo sia stato quello di incentrare la rappresentazione della funzione (non tanto sul processo di produzione normativa, quanto) sul processo formativo della decisione rispetto alle possibili alternative in ordine alla soluzione del relativo problema normativo (F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss.). Per tale via, è stata possibile una più specifica considerazione degli aspetti sostanziali alla stessa funzione inerenti, che dunque tendono ad emergere sotto il profilo strutturale; si veda *Potere*, I, cit., p. 387 ss.

¹⁰ La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dalla considerazione del superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, che richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr. in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto*

porto, e le situazioni giuridiche dei soggetti, che in esso trovano riscontro, per come rivolte all'utilità sostanziale (situazioni procedurali concrete, a rilievo sostanziale) o ad un'utilità procedimentale (situazioni prettamente procedimentali), in ordine alla loro consistenza e finanche alla loro struttura¹¹. Allo stesso modo, ed è quello che in questa sede interessa, il ruolo che assume, da un lato, il canone della buona e della correttezza, e, dall'altro, la responsabilità ammini-

processuale civile, I, Padova, 1936, p. 44; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione (cfr. subito sopra, in nota), ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche ID., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 739). In questo senso, si sviluppa l'impostazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. Tale impostazione generale si deve in particolar modo ai contributi di E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.).

Su tali basi, la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa. In questo senso G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss., il quale, in relazione alla propria impostazione espressa ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, ha considerato come il modello strutturale del processo, attraverso la rilevanza giuridica attribuita alla presenza dei portatori dei differenti interessi, sia ciò che consente al fenomeno della trasformazione del potere di emergere sotto il profilo della funzione; nonché G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di rapportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma, come ricordato alla nota precedente, quale farsi della decisione: cfr. ivi i relativi riferimenti.

strativa, si viene a porre in relazione a questo differente inquadramento strutturale.

L'esame di questi ultimi profili, per come in questo senso si vengono a declinare, è ciò che dunque rappresenta l'analisi che si effettuerà nel presente lavoro.

2. Buona fede oggettiva e diritto amministrativo

La l. 11 settembre 2020, n. 120, ha introdotto, all'art. 1, l. n. 241/1990, un co. 2 *bis*, ove si stabilisce che “*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”¹². Fa così ingresso nel diritto positivo, nell'ambito della normativa generale, il principio della buona fede oggettiva, quale caratterizzante (anche) i rapporti di diritto pubblico.

Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A. L'impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente in particolare in quel filone dottrinale che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori, ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande “inammissibili” o “manifestamente infondate”*, in *Dir. amm.*, 2010 (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in ID., *La “manifesta infondatezza” della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2007, p. 309 ss.); M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 93 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012. Sul rapporto tra la nostra impostazione e le posizioni proprie di tale filone dottrinale, cfr. *Potere*, I, cit., p. 247 ss.

Da parte nostra, si è avuto modo di spiegare come la struttura procedimentale dell'azione amministrativa possa essere ricondotta, sotto un profilo soggettivo e oggettivo, ad un modello processuale di accertamento: cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 387 ss.; II-2, cit., p. 15 ss. Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, par. 2.1.

¹¹ *Potere*, I, cit., p. 395 ss.; II-1, cit., p. 211 ss.; II-2, cit., p. 11 ss.; *Riflessioni*, cit., p. 427 ss.; *Dialogo*, cit., p. 261 ss. Sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, par. 2.1.

¹² In particolare, tale previsione è stata aggiunta dall'art. 12, co. 1, lett. 0a), l. n. 120/2020.

La buona fede, intesa in senso oggettivo¹³, e quindi come analoga alla correttezza¹⁴, costituisce una clausola generale che si rivolge alla condotta dei soggetti del rapporto giuridico, improntandola ad un modello di generale correttezza nella relazione tra le parti. Essa trova riscontro agli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., e assume, secondo l'impostazione prevalente, valore valutativo, e sotto un particolare profilo integrativo, delle condotte contrattuali (e in generali obbligatorie), sia con riferimento alla fase di formazione della relativa regolamentazione, sia a quella di esecuzione dell'obbligazione¹⁵.

13 Risulta infatti tradizionalmente accolta la distinzione tra buona fede intesa come stato di coscienza, che consiste nella condizione gnoseologica di chi versa nella convinzione incolpevole di agire *iure* (buona fede in senso soggettivo), e buona fede quale regola di condotta dei soggetti di un rapporto giuridico in riferimento ad un comune modello sociale di comportamento (buona fede in senso oggettivo): si vedano, nelle differenti declinazioni, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 158 ss.; M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 709 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 132 ss.; A. D'ANGELO, *Il contratto in generale*, IV, 2, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2004, pp. 1-2, n. 1; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 1 ss. Nel senso di una considerazione unitaria, invece, la più risalente posizione di A. MONTEL, *Buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 599 ss., di cui si veda pure la stessa voce in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 559 ss. Sul punto cfr. anche R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, pp. 3 ss. e 71 ss.; SALV. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 678 ss.

14 Secondo la lettura che vede la buona fede di cui all'art. 1375 c.c., sull'esecuzione del contratto, sinonimo della correttezza di cui all'art. 1175 c.c., sul comportamento delle parti nei rapporti obbligatori: L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., p. 169 ss.; M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, cit., pp. 1-2; SALV. ROMANO, *Buona fede*, cit., p. 679; F. CARUSI, *Correttezza*, cit., p. 709; R. SACCO, *La buona fede*, cit., p. 14, n. 5; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 132 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., pp. 4-5; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 287; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1974, p. 3 ss.

15 Tradizionalmente, infatti, sono state ravvisate due funzioni della buona fede oggettiva, oltre a quella di tipo interpretativo in senso proprio (art. 1366 c.c.): una di carattere valutativo e una invece di tipo integrativo/precettivo (cfr., per una ricostruzione, F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., pp. 147 ss., 270 ss. e 343 ss.). In particolare, secondo una parte della dottrina la buona fede oggettiva avrebbe un rilievo limitato alla sola funzione valutativa, nella fase di attuazione del rapporto, influenzando sulle sue concrete modalità di esplicazione (cfr., ad es., U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 12 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., p. 170 ss., per cui gli obblighi integrativi sarebbero in realtà già insiti nel momento essenziale del contenuto dell'obbligazione principale, e non a quest'ultima accessori); secondo altra impostazione, essa svolgerebbe, invece, anche un ruolo integrativo, di cui tuttavia si discute l'effettiva portata. Nello specifico, per quanto in questa sede interessa, si discute se l'integrazione debba essere confinata alla previsione di obblighi accessori all'obbligazione principale (integrazione del rapporto contrattuale), ovvero se possa interessare la stessa regolamentazione del contratto (integrazione della regolamentazione contrattuale), spingendosi finanche ad una sua invalidazione: cfr., su tali

In tale prospettiva, in particolare, la buona fede, sotto il profilo integrativo, si presenta idonea a rendere rilevante un rapporto pretesa-obbligo, in presenza di un rapporto principale di matrice contrattuale o di altra fonte di obbligazione (obblighi di protezione)¹⁶, o, secondo una particolare lettura, in mancanza della stessa esistenza di una previa obbligazione (obbligazioni senza prestazione)¹⁷.

La presenza della buona fede, in questo senso, è ciò che ha portato a disconoscere la categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato, a cui pure, nella concezione classica di tale figura, in un primo momento si è tentata l'estensione¹⁸. Si è ritenuto infatti che il primo, rispetto al secondo, costituireb-

profili, e sui relativi riferimenti, subito di seguito, nel testo e in nota.

16 Gli obblighi di protezione trovano infatti, secondo l'impostazione prevalente, il loro fondamento nella buona fede oggettiva, che, nella sua funzione integrativa (cfr. la nota precedente), risulta fonte, in particolare, di obblighi accessori, appunto di protezione, rispetto all'oggetto dell'obbligazione principale: cfr., in questo senso, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 99 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, ora in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 229 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 305 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 172 ss.; F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 221 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Ann., VIII, Milano, 2015, p. 659 ss.

17 L'obbligazione senza prestazione si configurerebbe quale sviluppo ulteriore rispetto agli obblighi di protezione, nell'ipotesi in cui questi non si presentino in sé accessori, e quindi funzionalmente connessi, ad un obbligo di prestazione, ma prescindano invece dalla presenza di quest'ultima, e consistano, conseguentemente, in obblighi creati dalla buona fede in ragione di un affidamento socialmente riconosciuto (c.d. contatto sociale): si veda, in proposito, C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 679 ss.; ID., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 539 ss.; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 521 ss.

La categoria in questione è stata tuttavia posta in discussione da chi, come M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 65 ss., ha ritenuto che la concezione dell'obbligazione senza prestazione verrebbe a presupporre, nel suo fondamento, una visione tradizionalistica della responsabilità aquiliana, avulsa dal criterio della relazionalità (sul punto, cfr. ampiamente *infra*, par. 4, nel testo e in nota): per tale via, si critica l'esposta elaborazione, ritenendo che la responsabilità da c.d. contatto sociale dovrebbe rientrare nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale. In senso negativo sulla categoria in esame, cfr. anche P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, p. 69 ss.; M. ORLANDI, *Responsabilità pre-contrattuale*, in *Enc. dir.*, Tem., I, *Contratto*, Milano, 2021, p. 1007 ss.

18 La compiuta elaborazione dell'interesse legittimo nel diritto privato si deve, come noto, a L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 15 ss.; ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 527 ss.

be una superfetazione, in quanto già ricompreso nella correttezza dell'agire che caratterizza l'obbligazione¹⁹.

La violazione degli obblighi di condotta determinata dalla violazione della buona fede comporta responsabilità, di natura reputata contrattuale (più precisamente discutendosi, in ordine alla natura della responsabilità, per le ipotesi differenti dall'accessorietà all'esecuzione di un'obbligazione principale)²⁰. Nell'impostazione maggioritaria, la buona fede non si ritiene poter invece inte-

Solitamente, ad ogni modo, si indica, tra i primi richiami agli interessi legittimi in diritto privato, quello effettuato (sia pure utilizzando l'espressione generica di interessi, o di diritti riflessi mutuata da Jellinek) da G.P. CHIARONI, L. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Torino, 1904, p. 128 ss., spec. pp. 128-129, n. 2, e p. 589. Un'articolata ricostruzione dell'interesse legittimo di diritto privato è stata poi proposta da D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 259 ss., secondo cui tale situazione giuridica si caratterizzerebbe nel senso che al suo titolare non sarebbe attribuito, a differenza di quanto accade con il diritto soggettivo, il potere di attuare direttamente l'interesse di fatto ad essa sottostante. Vi è stata poi una successiva dottrina che ha riconosciuto la presenza di posizioni ascrivibili all'interesse legittimo anche nel diritto privato, ravvisandone, in questo senso, il suo carattere di figura generale, e ha affermato che la caratteristica di tale figura sarebbe quella di non vivere in un rapporto giuridico, di non essere quindi oggetto di tutela diretta, ma di essere una situazione correlata ad un dovere che non assume, appunto, la consistenza dell'obbligo: si veda in proposito G. ZANOBINI, *Interessi legittimi nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., p. 345 ss.; nonché S. VENTURA, *Interessi legittimi, diritto privato, diritto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1959, p. 183 ss.; con riferimento al tema dell'abuso del diritto, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 136 ss., sulla cui concezione si veda subito *infra*, nel testo e in nota.

In giurisprudenza, il riferimento agli interessi legittimi nell'ambito dei rapporti di lavoro privato si è avuto a partire dalla nota pronuncia Cass., sez. n., n. 5688 del 2 novembre 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 440 ss., con nota di A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti "poteri privati"*; cfr. anche Cass., n. 3773 del 19 giugno 1982; n. 3675 del 27 maggio 1983.

19 In questo senso, si è considerato come l'interesse legittimo nulla aggiungerebbe all'obbligo, già presente a carico del titolare del potere privato, di proteggere la sfera della controparte: cfr., in proposito, O. FANELLI, *Limiti dei poteri privati nell'esercizio dell'impresa: profili giurisprudenziali*, in *Studi in memoria di Domenico Napoletano*, Milano, 1986, p. 323 ss., p. 335; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988 spec. pp. 9 ss., 39 ss., 105 ss., 126 ss. e 212 ss.; A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, p. 341 ss.; M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, pp. 26, 92 ss. e 212 ss.

Anche la giurisprudenza, rispetto all'indirizzo di cui alla nota precedente, ha successivamente qualificato le posizioni che si pongono in relazione con un potere privato come diritti soggettivi: cfr. *ex multis* Cass., n. 653 del 27 gennaio 1984; n. 2878 dell'11 maggio 1984; sez. un., n. 3174 del 23 maggio 1984. In proposito, peraltro, la dottrina ha avuto modo di evidenziare come, anche in ordine al precedente indirizzo giurisprudenziale favorevole, il riferimento al modello pubblicistico dell'interesse legittimo sia stato accompagnato da una sorta di commistione con l'utilizzo della logica del rapporto e delle clausole generali di buona fede e correttezza: cfr. C. ZOLI, *La tutela delle posizioni*, cit., p. 93 ss.; ID., *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 423 ss.; A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati*, loc. cit.

grare la fattispecie della validità dell'atto, in ragione, essenzialmente, della tipicità delle cause di invalidità del contratto²¹. Le particolari forme di invalidità c.dd. di protezione, di matrice europea, vengono considerate quali ipotesi specifiche che assumono rilievo in ragione della relativa regolamentazione di diritto positivo, senza poter assumere carattere generale²².

Nell'ambito del diritto amministrativo, si è a lungo dubitato che la buona fede potesse assumere rilievo quale canone afferente all'azione della P.A., in ra-

La prospettiva dell'interesse legittimo nel diritto privato non è stata comunque del tutto abbandonata: in questo senso si veda il volume dedicato a L. Bigliuzzi Geri, di U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, ed ivi in particolare gli interventi di M. LIBERTINI; D. MESSINETTI; P. ZATTI; F. BOSETTI; E. NAVARRETTA (cfr. tuttavia A. TRAVI, nella *Recensione* al volume, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 273 ss., che evidenzia i limiti di una siffatta ricostruzione). Si vedano inoltre, tra gli altri, P. RESCIGNO, *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, Napoli, 1989, p. 885 ss.; G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 396 ss.; L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, Torino, 2008, pp. 118 ss., 133 ss.; S.A. VILLATA, *Impugnazioni*, cit., p. 283 ss.; M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli, 2000, p. 140 ss.; tra i processualisti, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 45 ss. Del resto, non manca, in generale, l'impostazione per cui l'interesse legittimo troverebbe la sua collocazione nell'ambito della teoria generale, quale proiezione della protezione dell'interesse del singolo a fronte di un potere unilaterale soggetto a regolamentazione: si veda, in particolare, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 507 ss.; F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 399 ss. e 443 ss.; D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 205 ss.; A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 679 ss.

²⁰ La natura contrattuale della responsabilità non è infatti in discussione per quanto concerne gli obblighi integrativi accessori all'obbligazione. La natura contrattuale della responsabilità è, a sua volta, ciò che appunto consegue alla configurazione dell'obbligazione senza prestazione, che consente di qualificare la relativa responsabilità come responsabilità da inadempimento: cfr. quanto detto subito *supra*, n. 17, ed ivi anche le opinioni in merito discordi. Per quanto concerne, poi, la specifica ipotesi della responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.), la questione è risalente e discussa: nel senso della natura contrattuale della responsabilità, si veda, tra gli altri, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, ora in *Scritti*, II, cit., p. 267 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 752 ss.; nonché, quale espressione dell'obbligazione senza prestazione, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 534 ss.; in senso contrario, la considerano nelle logiche della responsabilità extracontrattuale, in particolare M. BARCELLONA, *Trattato sulla responsabilità civile*, cit., p. 72 ss.; M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1014 ss.; la giurisprudenza, in precedente assestata nel secondo dei due sensi, ha recentemente ritenuto di dover affermare la natura contrattuale della responsabilità (Cass., sez. I, n. 14188 del 12 luglio 2016), pur non risultando, tale orientamento, completamente condiviso (cfr., in senso contrario, Cass., sez. II, n. 24738 del 3 ottobre 2019).

Sul rapporto tra forme di responsabilità, si veda, in ogni caso, quanto in generale si rappresenterà *infra*, al par. 4.

²¹ La base concettuale su cui la prospettiva non accolta si muove è quella per cui la buona fede costituirebbe una fonte di integrazione non solo del rapporto, ma anche dello stesso rego-

gione della natura essenzialmente privatistica a cui il relativo principio sarebbe stato riconducibile. Con riferimento all'Amministrazione, si è infatti affermato, la buona fede non potrebbe avere un rilievo autonomo, ma sarebbe ricompresa nella tradizionale ponderazione di interessi, svolta secondo il consueto canone di ragionevolezza, che caratterizza l'esercizio discrezionale del potere²³.

lamento contrattuale (cfr. *supra*, n. 14). Ciò in quanto, si ritiene, essa risulta richiamata dalla legge, e come tale soddisfa la prescrizione generale di cui all'art. 1374 c.c.: cfr., in questo senso, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 112 ss.; aderiscono a tale posizione, tra gli altri, A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 33 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 493 ss.; si veda pure C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss. L'impostazione prevalente, tuttavia, si pone in senso contrario, limitando l'integrazione agli obblighi ulteriori rispetto al rapporto principale (o ad un contatto qualificato nel caso di obbligazione senza prestazione), ovvero escludendola del tutto: cfr., oltre a quanto detto sopra, in nota, A. D'ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Tem., I, *Contratto*, Milano, 2021, p. 620 ss.

Nella prospettiva da ultimo descritta, l'invalidità del contratto viene conseguentemente esclusa, adducendosi la necessità che la norma di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., sulla nullità del contratto per violazione di norme imperative, trovi riscontro in norme sufficientemente predefinite, e non sia lasciato a clausole generali inerenti alla condotta di una delle parti. In questo senso, si assume, non vi potrebbe essere commistione tra norme di comportamento e norme di validità, nel senso che solo l'inclusione di una specifica condotta in una norma che sancisce l'invalidità dell'atto potrebbe comportarne come conseguenza la nullità (o l'annullabilità), pena l'eccessiva intromissione nella sfera dell'autonomia privata. Si è così considerato che la violazione della buona fede non potrebbe portare alla nullità del contratto: cfr., in giurisprudenza, Cass., sez. un., nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007; sez. I, n. 19024 del 19 settembre 2005; in dottrina, si vedano, in particolare, F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 525 ss.; G. D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 9 ss.; ID., *Nullità non testuale*, in *Enc. dir.*, Ann., IV, Milano, 2011, p. 808 ss.; ID., *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Tem., I, *Contratto*, Milano, 2021, p. 601 ss., ed ivi più approfonditi riferimenti. Sul punto, si veda quanto da parte nostra si dirà *infra*, par. 2.3, nel testo e in nota.

²² Si veda, in questo senso, F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 540 ss., a cui si rimanda per i relativi riferimenti.

²³ La considerazione della mancanza di rilievo della buona fede nel diritto amministrativo si può ritrovare tradizionalmente in 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, p. 556 ss., p. 562, che evidenziava come la possibilità di scegliere tra comportamenti diversi, campo di applicazione della buona fede, fosse già oggetto di un criterio specifico nel diritto amministrativo, corrispondente a quello dell'interesse pubblico del soggetto agente, sicché il riferimento ad un diverso principio di buona fede si sarebbe presentato inutile, ed anzi l'erroneo. Sulla base dei medesimi motivi, ne negava, sia pure in maniera più cauta, una funzione autonoma integrativa nell'attività pubblicistica M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, pp. 373-374. Successivamente, la posizione negativa sul rilievo della buona fede si può ritrovare in A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 84-85, che nello sviluppo, in questo senso, della generale impostazione della definizione della funzione quale momento di attività dotato di autonomo rilievo giuridico, propria di

Rispetto a questa tradizionale impostazione, si sono però opposti tentativi, volti a ricercare un autonomo rilievo al principio di buona fede anche con riferimento al diritto amministrativo.

In particolare, in una prima accezione, la figura in questione è stata invocata come canone rappresentativo (uno dei canoni rappresentativi) del generale modello di azione amministrativa, quale modalità per superare la tradizionale visione autoritativa dell'esercizio del potere, in favore di una concezione dell'agire amministrativo improntato ad una concreta definizione dell'interesse pubblico attraverso la prospettazione e l'acquisizione di tutti gli interessi rilevanti²⁴. La buona fede è stata cioè utilizzata, in questo senso, quale figura di interpretazione di un modello di azione amministrativa che fosse in grado di superare la tradizionale configurazione del potere quale momento di contrapposizione tra autorità e libertà, e di improntare l'azione stessa ai canoni dell'imparzialità amministrativa e di partecipazione delle parti, nell'ambito della definizione in concreto dell'interesse pubblico attraverso la prospettazione e l'acquisizione di tutti gli interessi in gioco²⁵.

F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, cit., p. 991 ss., ha considerato come, all'interno di essa, il possibile ambito di rilevanza della buona fede risulterebbe necessariamente assorbito.

24 Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 271 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., pp. 818-819. In questo senso, la buona fede, più che assumere un rilievo autonomo nei rapporti di diritto pubblico, costituirebbe uno dei principi di considerazione dei generali canoni di azione amministrativa, per come improntata al modello indicato.

25 In questo senso, il riferimento alla buona fede verrebbe ad inserirsi nella più generale prospettiva, registratasi a partire dalla seconda metà del secolo scorso, del progressivo abbandono del rilievo della concezione dell'interesse pubblico inteso in senso 'astratto', per come identificato dalla norma, e già soggettivato in capo all'Amministrazione, in favore della centralità dell'interesse pubblico 'concreto', che si determina in relazione alle risultanze dell'attività amministrativa (si veda, in proposito, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 301 ss.; cfr. anche E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 6 ss.).

La prospettiva in questione, in particolare, è partita dall'acquisita consapevolezza dell'incapacità della legge attributiva del potere di svolgere il ruolo di selezione degli interessi rilevanti, l'interesse pubblico diviene oggetto di determinazione nello svolgimento dell'azione amministrativa, attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco. Vi è, in tal modo, un'evoluzione dalla concezione di M.S. Giannini (cfr. *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 265) del rapporto tra interesse primario e interessi secondari nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale, su cui si fondava la contrapposizione tra autorità e libertà, in favore della considerazione di un interesse che trova la sua definizione nello svolgimento della stessa azione amministrativa (si ve-

Nella prospettiva descritta, va però evidenziato, la buona fede non si è presentata idonea ad assumere un'autonoma e specifica rilevanza, ma è stata utilizzata, al più, in maniera essenzialmente argomentativo-descrittiva. Il risultato indicato in ordine alla considerazione dell'azione amministrativa ha trovato riscontro, infatti, attraverso una differente declinazione degli ordinari canoni amministrativi di esercizio del potere, adeguando in senso corrispondente – prima in via dottrinale e giurisprudenziale, poi con la sua generale positivizzazione – la struttura del modello procedimentale ad esso relativo²⁶.

In particolare, l'attuazione del modello in questione, in cui l'interesse pubblico diviene oggetto di determinazione nello svolgimento dell'azione amministrativa, attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco a parte dei relativi interessati, è definitivamente avvenuta, non serve ricordarlo, con la l. n. 241/1990, la quale ha provveduto ad una generale processualizzazione dell'attività della P.A., disciplinando le modalità di acquisizione e verifica dei presupposti per il corretto esercizio del potere, unitamente, a tal fine, alla partecipazione e al ruolo delle parti nel procedimento²⁷. Rispetto ad essa, in disparte il modo di intendere i termini e i limiti di una siffatta procedimentalizzazione, nonché la stessa adesione alla considerazione del modello in questione quale modello di carattere processuale, è indubbio che le esigenze rappresentate dall'evoluzione del rapporto tra Amministrazione e cittadino siano state recepite adeguando le stesse regole pubblicistiche ad un diverso modello strutturale

dano, ad es., F.G. COCCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1067 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 286-287). Tale ottica, si aggiunge, se ha interessato la generale evoluzione del modo di intendere l'Amministrazione e la sua azione, ha trovato il suo più compiuto riscontro, non serve ricordarlo, nella concezione oggettivistica dell'Amministrazione e nella correlata ottica strutturale della funzione: F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1131 ss.; ID., *Disegno*, cit., p. 237 ss., nonché gli altri scritti dell'illustre A. già diffusamente citati; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., *passim*; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.; G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss.; ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1313; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., spec. p. 108 ss. Sul punto, si veda quanto diffusamente rappresentato in *Potere*, I, cit., p. 387 ss.

²⁶ Si vedano anche gli stessi riferimenti di cui alla nota precedente.

²⁷ Cfr. quanto detto *supra*, in nota; nonché *Potere*, I, cit., p. 395 ss.

della funzione. Il ricorso, in questo senso, alla buona fede, al fine di superare le tradizionali distorsioni del diritto amministrativo in ordine alla supremazia dell'interesse pubblico (a cui in generale non è estranea neppure quella dottrina che, come si dirà subito appresso, cercherà invece di isolare un autonomo rilievo aggiuntivo della buona fede²⁸), non si è quindi presentato necessario, e la stessa figura in esame non è pervenuta, per tale via, all'acquisizione di un autonomo rilievo, ma è stata utilizzata in chiave essenzialmente descrittiva²⁹.

In una seconda, e più specifica, ma non scollegata dalla prima, considerazione della buona fede, si è invece ricercata l'integrazione di quest'ultima ai canoni generali di azione amministrativa, quale figura idonea a ricevere, sotto tale profilo, un autonomo spazio di operatività, corrispondentemente rilevante, come tale, in ordine alla validità dell'atto che del potere amministrativo rappresenta l'esercizio.

Tale via è stata perseguita, in particolare, considerando la manifestazione della buona fede che potesse comportare una tutela dell'affidamento del destinatario di un atto amministrativo. Così, quella dottrina, a cui si deve il merito di aver portato alla compiuta emersione l'idea di buona fede e affidamento nel diritto pubblico, ha affermato, in proposito, che i canoni in questione verrebbero a specifica rilevanza nell'ipotesi di un previo rapporto tra P.A. e destinatari dell'atto, che possa essere messo in discussione attraverso l'esercizio di un potere di secondo grado. In questo senso, si è infatti sostenuto, la buona fede assumerebbe rilievo quale norma relativa alla situazione di potere amministrativo, riconducendosi tali principi all'imposizione di una specifica ponderazione di in-

28 Si veda, subito di seguito, nel testo e in nota, la posizione di Merusi, e la critica ad essa di Mantero.

29 Ne è evidenza il fatto della sua invocazione proprio da parte di chi, come Benvenuti e Allegretti (citati alle note precedenti), si pongono in una prospettiva essenzialmente oggettivistica della concezione dell'azione amministrativa; nonché di quanto rappresentato subito sopra, in nota, sulla posizione di Piras, che rifiuta il rilievo autonomo della buona fede anche al di fuori della tradizionale considerazione dell'interesse pubblico, appunto nell'ottica del modello benvenutiana della funzione.

teressi (rigettando, per tale via, l'idea che la ragionevolezza possa costituire una norma in senso proprio), la cui violazione comporterebbe l'invalidità dell'atto³⁰.

L'impostazione rappresentata è stata, tuttavia, oggetto di critica, da parte di chi ha evidenziato che se la rilevanza dell'affidamento è data dalla sua ponderazione con l'interesse pubblico, di fatto essa non sarebbe considerata autonomamente, ma si esaurirebbe nel corretto esercizio del potere discrezionale. La presunta autonomia, che ad esso si vorrebbe riconoscere, sarebbe allora legata, in questo senso, al modello di interesse pubblico come già normativamente stabilito e contrapposto a quello del singolo; modello però, lo si è già visto, superato nella stessa elaborazione della funzione amministrativa. Di conseguenza, non potrebbe considerarsi vigente il principio di buona fede nel diritto amministrativo³¹.

La critica apportata si presenta peraltro, per questa via, più profonda, nel momento in cui si afferma che la negazione del rilievo della buona fede sarebbe determinata dalla circostanza per cui, se tale figura è consustanziale alla logi-

³⁰ È questa la nota impostazione di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora ristampato in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, pp. 92 ss. e 142 ss. L'illustre A. considerava, infatti, che (p. 100 ss.), a fronte di un atto viziato e dell'esercizio del relativo potere di secondo grado da parte della P.A., l'interesse curato dall'Amministrazione nell'esercizio del potere di annullamento non sarebbe stato il ripristino della legittimità violata, ma l'interesse individuato dalla norma in base al quale è stato adottato l'atto viziato (quindi, riferendolo al potere di primo grado). In tale prospettiva, la ponderazione dell'interessi derivante dall'affidamento determinato dall'atto avrebbe potuto trovare spiegazione solo come un qualcosa di esterno al potere di annullamento d'ufficio: precisamente, l'affidamento avrebbe dovuto ricercare il suo fondamento nel principio della buona fede, avente valore costituzionale, e integrativo della norma primaria disciplinante il potere. In questo senso, il principio di buona fede avrebbe operato nel caso di atto viziato favorevole al destinatario, imponendo alla P.A. la considerazione delle situazioni di vantaggio consolidate prodotte dall'atto invalido non tempestivamente annullato; analogamente (p. 146 ss.) anche per l'ipotesi della revoca. Laddove, dunque, fossero integrate le circostanze di fatto tali da rendere rilevante una posizione di affidamento in capo al cittadino, l'Amministrazione (p. 231 ss.) avrebbe dovuto prenderla in considerazione, in ordine alla valutazione della sua sussistenza e della sua ponderazione rispetto all'interesse pubblico; conseguentemente, si sarebbe incorso nell'invalidità dell'atto di secondo grado, qualora il relativo giudizio fosse risultato erroneo.

³¹ Cfr. A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, pp. 53 ss. e 111 ss., il quale rileva, condivisibilmente, che l'autonoma rilevanza che Merusi attribuisce alla buona fede sarebbe determinata dalla circostanza che l'A. in questione considera l'interesse pubblico da perseguire come quello astratto normativamente previsto (cfr. in particolare F. MERUSI, *op. ult. cit.*, p. 115 ss.), e non invece quale interesse pubblico concreto, derivante dalla stessa valutazione dei fatti e interessi in gioco, secondo la prospettiva che definitivamente si andava affermando in quel periodo (si veda quanto detto subito sopra, in nota).

ca dell'autonomia privata, incentrata sulla volontà della scelta, non lo sarebbe rispetto al diritto amministrativo, in cui la definizione regola di preferenza discrezionale è determinata nell'esplicazione procedurale della funzione³². Solo rispetto a questa, si aggiunge dunque, andrebbero eventualmente ricostruiti i limiti in cui incorre l'Amministrazione nella considerazione della posizione del privato nel riesercizio del potere³³. La negazione del rilievo della buona fede co-

32 In questo senso, A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli*, cit., p. 120 ss. Ci si pone, in tal modo, nella prospettiva della considerazione strutturale della funzione (espresso il riferimento, in particolare, a F. Benvenuti e G. Berti), di cui si è detto *supra*, par. 1, nel testo e in nota. Vi è, del pari, in questo senso, una particolare valorizzazione della formazione della scelta discrezionale nell'ambito del procedimento, e quindi al suo inquadramento nell'ambito strutturale della funzione (esplicito il riferimento a Piras, ove la concezione volontaristica della discrezionalità trova un punto di mediazione con l'approccio normativistico sul potere attraverso il recepimento della concezione benvenutiana della funzione: cfr. *supra*, n. 23; nonché A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, p. 289 ss., ed ivi nn. 72-73, p. 312 ss., p. 397 ss., ed ivi nn. 54, 57 e 58, p. 410 ss., p. 429 ss. ed ivi n. 83; ID., *Discrezionalità*, cit., p. 77 ss.; per approfondimenti, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 149, n. 263, e p. 431, n. 109).

33 Sotto questo profilo, in particolare, secondo A. MANTERO, *op. ult. cit.*, pp. 120 ss. e 140 ss. il limite in cui incorrerebbe l'Amministrazione non potrebbe essere determinato dall'ottica della buona fede, ma deriverebbe, piuttosto, dalla diretta rilevanza da attribuire alle situazioni giuridiche del privato determinate dalla precedente scelta amministrativa, attraverso il loro porsi quale limite sostanziale alla scelta dell'Amministrazione. In tale prospettiva, nei termini della ricostruzione rappresentata nel testo e alla nota precedente, non vi sarebbe un problema di aspettativa al comportamento coerente dell'Amministrazione, ciò che corrisponderebbe alla versione privatistica dell'affidamento, bensì l'individuazione di una limitazione delle scelte amministrative per effetto della progressiva composizione di interessi effettuata in virtù della precedente determinazione discrezionale a cui era pervenuta l'Amministrazione. Vi sarebbe, in questo senso (pp. 121-122, n. 124), una maggiore durezza della scelta amministrativa compiuta, che deriva dall'essere, l'atto amministrativo, espressione di una decisione adottata a seguito di un procedimento esplicito un momento di accertamento, a cui va collegata la stessa ponderazione degli interessi (cfr. quanto detto alla nota precedente in ordine alla concezione della discrezionalità di Mantero, che si rifà a Piras). La limitazione, che da ciò scaturisce, è così destinata ad operare ogniqualvolta si debba procedere ad una nuova definizione della regola di preferenza discrezionale, e sarebbe superabile (p. 143) solo mediante specifica, analitica e congrua motivazione.

Rispetto a tale limitazione alla ridefinizione della regola discrezionale, è stato invero obiettato che l'attribuzione di diretta rilevanza alle situazioni giuridiche del privato determinate dalla precedente scelta amministrativa, quale appunto limite sostanziale alla scelta dell'Amministrazione, si risolva comunque in una ponderazione di interessi, solo con diverso oggetto rispetto a quella della tesi di Merusi, così di fatto incorrendo, pur rispetto ad un differente ordine ricostruttivo, nella medesima critica mossa a quest'ultima: in questo senso, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, p. 69 ss.; analogamente S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, p. 58.

Ora, sotto lo specifico profilo che viene in questione, il problema parrebbe comunque essere, in effetti, quello dell'individuazione dei limiti all'esercizio dei poteri di secondo grado, intesi,

stituirebbe quindi, sotto tale profilo, conseguenza dell'assunzione del rilievo strutturale della funzione.

Ora, in disparte quest'ultimo specifico profilo, su cui si tornerà al momento di proporre la nostra ricostruzione³⁴, può dirsi, in via generale, che la difficoltà, con la quale si è dovuta confrontare la dottrina nel ricercare un autonomo rilievo della buona fede quale canone integrativo dell'azione amministrativa, è dovuta, essenzialmente, alla circostanza per cui, nell'evoluzione intervenuta in ordine al modello di esercizio della funzione, i canoni ordinari di validità dell'atto amministrativo risulterebbero idonei a ricomprendere anche i profili che si vorrebbero ascritti alla buona fede oggettiva, e all'affidamento in ordine alla condotta dell'Amministrazione³⁵. Le norme puntuali che disciplinano lo

prima della loro positivizzazione, essenzialmente come riesercizio del potere originario. Una volta sostituito, allora, il parametro dell'autonomia privata con quello del modello procedurale della funzione, il problema permane, sia pure in un'ottica necessariamente diversa da quella della buona fede: anche in Mantero, quindi, così come in Merusi, la specifica ponderazione di interessi appare determinata dalla necessità di ricostruire uno statuto specifico del riesercizio del potere in mancanza di un'espressa attribuzione e regolamentazione di poteri di secondo grado (cfr. *infra*, nel testo). La differenza, nell'ottica che viene espressa dall'A. in esame, è però che la rilevanza della posizione dell'interessato nasce come una conseguenza della funzione, quale processo di definizione dell'assetto di interessi: essa deriva, cioè, da un modello in cui alla funzione viene collegata, in questo senso, una particolare durevolezza della decisione amministrativa (diremmo noi, un effetto di accertamento, tanto più che lo stesso Mantero, come detto, lo riconduce al momento di accertamento proprio della decisione), e, in correlazione a ciò, la funzione stessa esprime un atto che può essere rimosso, ma mantenendo una particolare resistenza alla rimozione stessa (l'intensità dell'atto, aggiungeremmo ancora, da cui l'effetto di accertamento scaturisce: su tutti questi profili, cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 475 ss.). Nella prospettiva rappresentata, allora, l'esigenza è sì, sempre la medesima, di composizione di uno statuto dei poteri di secondo grado che mancava nel diritto positivo, ma, a differenza di Merusi, nell'impostazione in esame ciò avviene nell'ottica della struttura processuale della funzione: l'impostazione di Mantero è, cioè, quella che sottende l'evoluzione della concezione dell'azione amministrativa in senso processuale, e, rispetto ad essa, fornisce la considerazione e la disciplina dei poteri (e della funzione) di secondo grado (in termini congruenti con quelli che, a diritto positivo mutato, è stata da noi proposta: cfr. ancora *Potere*, I, *loc. ult. cit.*; II-2, cit., p. 192 ss.).

34 La ricostruzione appena esaminata, come spiegato nel testo e alle note precedenti, si pone infatti, in questo senso, in un'ottica generale del rilievo strutturale della funzione, simile, sotto tale profilo, a quella da noi accolta: cfr., oltre a quanto detto *supra*, par. 1, quanto ampiamente si dirà *infra*, al par. successivo.

35 In questo senso, anche le ulteriori tesi, che si sono espresse nella medesima direzione rappresentata nel testo, non paiono superare i rilievi negativi mossi alla possibilità di un autonomo rilievo della buona fede sotto il profilo in esame. Così, in F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., p. 113 ss., una volta ammessa la generale vigenza del principio di buona fede ai sensi del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., quale obbligo, a cui tutti i soggetti sono sottoposti, di agire senza recare danno ad altri, anche esercitando i propri diritti, detto principio si risolve nel contrastare violazioni il cui oggetto, però, già appartiene ai canoni propri dell'azione

svolgimento del procedimento, e le clausole generali che dispongono la ragionevole ponderazione degli interessi nella determinazione del fine in concreto da perseguire, si sarebbero infatti prestate a fornire, in sé, la rappresentazione della fattispecie della situazione di potere amministrativo e del suo esercizio, senza necessità di un'integrazione, quale quella ipotizzata, che venga ad aggiungervi elementi ulteriori³⁶. Ciò tanto più nel momento in cui è intervenuta, con la l. n. 15/2005, la positivizzazione dei poteri di secondo grado e della loro disciplina, ed è risultato specificamente coperto, di conseguenza, anche lo spazio proprio di questi ultimi, il quale, proprio in ragione dell'ambiguità derivante dalla mancanza di una corrispondente disciplina generale, meglio si era prestato, lo si è visto, al tentativo di attribuire un rilievo autonomo alla buona fede, in

amministrativa: si fa infatti riferimento alla mancata acquisizione degli interessi coinvolti, all'obbligo di avviare il procedimento, al mancato perfezionamento dell'efficacia di un provvedimento, ecc. Analogamente, nella ricostruzione di L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, pp. 63 ss. e 181 ss., la buona fede viene considerata aderendo sostanzialmente alla rappresentazione di Manganaro; essa tuttavia, per tale via, non viene ad assumere rilievo autonomo sotto il profilo della legittimità dell'atto, potendolo rivestire solo sotto quello risarcitorio, per il caso (p. 255 ss.) di attività legittima della P.A. Per la strada percorsa da tali impostazioni, la buona fede finisce quindi per assumere un ruolo essenzialmente limitato al piano descrittivo degli ordinari canoni dell'azione amministrativa (riferiti, nel frattempo, ad un quadro piena positivizzazione delle generale condotte procedurali, ma senza che fosse ancora intervenuto, o al limite in un quadro in cui era appena intervenuto, uno statuto dei poteri di secondo grado: cfr. *infra*, nel testo); salvo il suo possibile rilievo ulteriore in ordine alla responsabilità dell'Amministrazione (su cui cfr. *infra*, nel testo e in nota).

36 Rileva in proposito F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843 ss.; ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 823 ss., che la logica della ponderazione degli interessi è antitetica rispetto a quella di un'autonoma considerazione dell'affidamento del cittadino, quale derivante da un generale obbligo, in capo alla P.A., di comportarsi secondo buona fede. Criticando l'impostazione di Merusi, si rileva come la proporzionalità nella ponderazione degli interessi, rispetto ad un'azione che prevede solo un'alternativa possibile, quella di mantenere l'atto/rimuovere l'atto, non è suscettibile di vedere attribuito all'affidamento del privato un rilievo ulteriore da quello del corrispondente interesse che viene in gioco; in questi termini, dunque, secondo quanto spiegato, una situazione del privato riconducibile all'affidamento non potrebbe avere alcun ruolo autonomo, né potrebbe avere diretta tutela. L'affidamento, per poter ricevere autonoma considerazione, deve dunque smarcarsi dalla logica della illegittimità, e fare riferimento ad una vicenda concernente un annullamento d'ufficio legittimo; rispetto a quest'ultimo, la forma di tutela è quella della riparazione del danno, che non fa gravare sul cittadino incolpevole le conseguenze della disfunzione amministrativa che ha prodotto il primo atto invalido: cfr. di seguito, nel testo e in nota.

relazione alla considerazione della posizione del privato beneficiario dell'atto originario³⁷.

Rispetto allo scenario descritto, viene così a ricevere riscontro, in senso negativo, anche quel tentativo, da ultimo effettuato, il quale, partendo dalla considerazione della sussistenza, nel diritto amministrativo, di un regime di invalidità in sé non corrispondente a quello ancorato al canone della tipicità proprio del diritto civile, ha cercato di dare alla buona fede un valore ampliativo rispetto ai tradizionali criteri pubblicistici di validità, quale canone specifico ulteriore, che ai primi possa aggiungersi estendendo l'ambito di invalidità dell'atto; aggiungendosi come di ciò si avrebbe un certo riscontro nella stessa giurisprudenza³⁸. La posizione in questione, infatti, non pare comunque discostarsi, per

37 In ordine ai poteri di secondo grado, la questione si è infatti posta, lo si è visto, in quanto, mancando uno statuto riferibile alle condizioni di generale intervento su un effetto prodotto, la sua elaborazione è stata demandata a dottrina e giurisprudenza, con gravi incertezze quanto al loro fondamento (che, se ci si discostava, in un modo o nell'altro, dalla considerazione di un nuovo esercizio del potere originario, rischiava di difettare del presupposto necessario del dato normativo attributivo), e ai termini del loro esercizio; sul punto, per approfondimenti, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 485 ss. Ora, sotto tale profilo, ci si può chiedere se, in effetti, sia stato il rilievo della buona fede a fondare uno statuto specifico dei poteri di secondo grado quali poteri discrezionali, in ragione della necessità di considerazione dell'interesse del singolo al mantenimento dell'atto; oppure se ciò sia derivato, come ritenuto da F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 857 ss., dalla considerazione di tali poteri nell'ambito della funzione di amministrazione attiva, che richiamava, quale conseguenza, l'apprezzamento discrezionale a tal fine collegato; oppure ancora se, seguendo l'impostazione di Mantero, di cui si è detto, la resistenza dell'atto originario rispetto ad una nuova scelta amministrativa non sia stata una conseguenza scaturita dall'esigenza di collegare una particolare intensità dell'atto alla struttura della funzione, nel momento in cui questa si è reputata espressione di un modello (para-)processuale rivolto all'adozione di una decisione (cfr. quanto detto *supra*, n. 33). Ma, quale che sia la conclusione a cui si aderisce, e anche a prescindere dal generale rilievo che la concezione dell'interesse pubblico si è detto rivestire nell'evoluzione della considerazione dell'azione amministrativa, nel momento in cui i poteri di secondo grado sono stati disciplinati in maniera specifica dal diritto positivo (e che, a nostro avviso, per tale via, si sia fornito il dato normativo richiesto per la loro autonoma considerazione rispetto al potere originario sul cui atto intervengono), il riferimento alla buona fede, quale clausola generale riferibile all'azione amministrativa, non avrebbe comunque più ragion d'essere.

38 Il riferimento è a L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, pp. 206 ss. e 386 ss.; ID., *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del Laboratorio di diritto amministrativo 2019*, Roma, 2020, p. 88 ss.; ID., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della P.A.*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 254 ss., secondo la quale, rispetto all'agire amministrativo, i principi di diritto comune rilevarebbero anche come norme di validità, quali canoni integrativi delle prescrizioni pubblicistiche. Ciò, si afferma, in ragione dell'assenza, nel diritto amministrativo, del principio di tipicità delle cause di invalidità, che consentirebbe di superare la negazione dell'interferenza tra regole di validità e re-

la via indicata, dalla generale prospettiva negativa che si è rappresentata: ne è evidenza la circostanza per cui l'utilizzo della buona fede, quale possibile canone di validità integrativo, per come riferito al dato giurisprudenziale richiamato, si verrebbe a risolvere, in realtà, in una mera tecnica argomentativa, non effettivamente ampliativa dell'area dell'invalidità, giacché il provvedimento risulterebbe comunque illegittimo a norma degli stessi parametri che tradizionalmente regolano l'attività amministrativa³⁹.

Nella prospettiva descritta, può allora ritenersi che la considerazione, che la buona fede ha ricevuto, sotto il profilo in esame, nel diritto amministrativo, sarebbe stata determinata, essenzialmente, in via generale, dalla originaria mancanza di una disciplina procedimentale dell'azione amministrativa, improntata a canoni partecipativi e di acquisizione dei presupposti rilevanti nell'esercizio del potere; e, più in particolare, e in senso maggiormente problematico, dalla necessità di creazione di un autonomo statuto dei poteri di secondo grado, sprovvisti, fino alla l. n. 15/2005, di una propria disciplina legislativa; senza che peraltro, in entrambi i casi, il riferimento alla buona fede fosse in realtà comunque necessario, ben potendo entrambe le questioni essere risolte – come in effetti è avvenuto, quantomeno in via generale – facendo riferimento ai principi della funzione, per come considerati nella specifica declinazione derivante dalla loro successiva evoluzione⁴⁰.

gole di comportamento, di cui si è visto *supra*, nel testo e in nota. In questo senso, si risconterebbe, in giurisprudenza, una siffatta commistione, con la clausola di buona fede utilizzata quale fondamento dell'illegittimità dell'atto.

39 In questo senso, gli esempi riportati da L. LORENZONI, *opp. loc. ult. cit.*, per cui il canone della buona fede è richiamato unitamente a specifiche disposizioni o ai principi generali pubblicistici, in ordine a conclusione del procedimento, motivazione, ponderazione degli interessi in sede di autotutela, ecc. Sul punto, cfr. già quanto detto in *Potere*, II-2, p. 214, n. 32. Dello stesso nostro avviso anche M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Pers. amm.*, 2022, 2, p. 68, n. 40, secondo cui gli esempi riportati da L. Lorenzoni mostrano che la buona fede è utilizzata solo come criterio interpretativo delle regole di legittimità già esistenti in ordine all'azione amministrativa, non come una regola di legittimità in sé.

40 Su tali profili, cfr. quanto diffusamente evidenziato *supra*, in nota.

Non è peraltro mancato chi, va aggiunto, ha provato ad improntare la stessa struttura normativa della funzione, per come regolamentata dalla l. n. 241/1990, sulla buona fede, concependo, in ragione di tale canone di condotta, una struttura procedimentale e un rapporto procedimentale di stampo *collaborativo*: in questo senso S. TARULLO, *Il principio di collaborazione proce-*

In effetti, l'impostazione attualmente maggioritaria tende ad escludere la rilevanza della buona fede quale norma di validità dell'atto amministrativo, appunto per le ragioni appena rappresentate, e a considerarne, invece, il suo ruolo ai fini della responsabilità della P.A.⁴¹. In questo senso, in particolare, la giurisprudenza ha affermato la risarcibilità del danno che deriva dall'annullamento,

dimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo, Torino, 2008, pp. 31 ss., 229 ss., 268 ss., 421 ss. e 525 ss. Tale ricostruzione, tuttavia, secondo quanto in altra sede si è avuto modo di spiegare (*Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 30 ss.), non si presenta idonea ad esprimere un modello strutturale specifico della funzione, semplicemente riguardando gli ordinari istituti procedimentali in un'ottica funzionalmente collaborativa (senza peraltro riuscire a mettere completamente in ombra, per tale via, la funzione garantistica propria del procedimento; e senza che, si aggiunge, la logica collaborativa venga ritenuta idonea a portare all'invalidità dell'atto, se quest'ultima non risulta recepita da una norma espressa: *op. ult. cit.*, p. 525 ss., ove si afferma che, in tal caso, la lesione porterebbe a conseguenze solo sul piano risarcitorio). In questa prospettiva, allora, si deve concludere che l'impostazione proposta dall'A., in ordine ad un rapporto improntato sulla collaborazione, finisca per relegare la buona fede ad un ruolo argomentativo-descrittivo, rimanendosi così all'interno dell'ordinaria struttura normativa procedurale propria della funzione amministrativa, con quanto sin qui si è spiegato. Una lettura alternativa, in ordine a tale tesi, potrebbe invece risultare possibile (ancorché essa non paia corrispondere, va avvertito, all'impostazione portata avanti da Tarullo), e consisterebbe nell'intendere il rapporto collaborativo nel differente senso di svalutare completamente il piano procedurale della funzione, improntando l'intera azione amministrativa in un'ottica prettamente sostanziale, ove la buona fede può trovare effettivamente espressione in sé considerata: in proposito, cfr. quanto si dirà di seguito, nel testo e in nota.

41 Sul punto, cfr. in particolare F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit. p. 854 ss., spec. p. 863 ss.; ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., p. 823 ss., la cui posizione, riportata subito sopra, in nota, è nel senso che l'affidamento, per poter ricevere autonoma considerazione, debba fare riferimento ad una vicenda concernente un annullamento d'ufficio legittimo, rispetto al quale la forma di tutela è quella della riparazione del danno, che non fa gravare sul cittadino incolpevole le conseguenze della disfunzione amministrativa relative al primo atto invalido. In via generale, per la posizione che ritiene che per conferire all'affidamento autonoma rilevanza, sottraendolo alle logiche del bilanciamento proprie delle ordinarie regole della discrezionalità, sia necessario un suo rilievo al di fuori della considerazione della legittimità dell'atto, si veda anche A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 121 ss.; ID., *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, p. 6 ss., il quale considera, a tal fine, di inquadrare l'affidamento come fonte di un'obbligazione patrimoniale a carico dell'Amministrazione, di carattere indennitario. Nella generale prospettiva in esame, si situa anche A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, pp. 84 ss., 182 ss. e 259 ss., la quale rimette l'affidamento alla ponderazione degli interessi, considerandolo, in questo senso, nella sua 'dimensione pubblicistica', come tale contrapposto alla 'dimensione privatistica' dell'affidamento stesso, che atterrebbe invece alla regola comportamentale di correttezza; aggiungendosi, in proposito, che la dimensione pubblicistica può comportare, talvolta, la violazione di quella privati-

in sede amministrativa o giudiziale, dell'atto a sé favorevole, in ragione dell'affidamento formatosi in capo al privato⁴².

Rispetto alla generale prospettiva sin qui descritta, che rappresenta la considerazione che attualmente può dirsi rivestire, pur nei termini perplessi di cui si è dato conto, la buona fede oggettiva nell'ambito del diritto amministrativo, è stata peraltro perseguita anche una diversa ricostruzione, la quale, rispetto ai due approcci inizialmente indicati come possibili modelli di rilevanza della

stica, rilevando sul piano della responsabilità: si afferma così che (p. 263) “le ragioni del potere possono andare contro le ragioni delle regole del diritto comune”, ma “la logica della correttezza, cruda e secca, non vale nelle regole di legittimità”. Anche S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento*, cit., pp. 26 ss. e 275 ss., nel configurare una situazione giuridica qualificata e autonoma, la distacca dalla legittimità, e la ricollega alla responsabilità per violazione di regole di correttezza, o comunque alla tutela attraverso un indennizzo. Ancora, M.C. CAVALLARO, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 131 ss., ritiene che se la buona fede introduce un interesse da bilanciare, il quale può quindi risultare soccombente nella concreta definizione dell'interesse pubblico, si è lontani dal configurare la figura in questione come parametro di legittimità amministrativa; essa rileverebbe però, comunque, come fonte di responsabilità della P.A. Come canone dal quale si possono ricavare regole di condotta la cui violazione può fondare la responsabilità della P.A. pure S. CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimentale della P.A.*, *ivi*, p. 91 ss. Si veda poi M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 715 ss.; ID., *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 59 ss., secondo cui la buona fede, se è mai stata regola di validità degli atti di secondo grado, oggi non lo è comunque più, perché i relativi limiti sono transitati nel diritto positivo; né essa è idonea ad estendere il contenuto dell'eccesso di potere (cfr. la critica a L. Lorenzoni di cui subito sopra, in nota); la buona fede può invece essere considerata quale regola di condotta, sanzionata con la responsabilità, in violazione dell'obbligo di agire correttamente, idoneo ad assumere un'autonoma rilevanza nell'accezione del divieto di *venire contra factum proprium*.

Sulla problematica in esame, cfr. inoltre, in via generale, V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p. 247 ss.; nonché L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 227 ss.

42 L'ipotesi è quella che si ritrova rispetto all'affidamento del privato, ingenerato da uno specifico comportamento dell'Amministrazione, sulla validità di un atto favorevole, poi annullato in via giurisdizionale o d'ufficio, giuridicamente tutelato sin tanto che non si ravvisino elementi impeditivi in tal senso (manifesta insussistenza della pretesa originaria, ovvero finanche mala fede del privato nella relativa prospettazione, ecc.): sul punto, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 19 del 29 novembre 2021, su un permesso a costruire annullato in via giurisdizionale; con particolare riferimento all'ipotesi di affidamento circa la conclusione del contratto, anche prima dell'aggiudicazione e a prescindere dalla legittimità degli atti amministrativi adottati, in relazione alla responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 5 del 4 maggio 2018 (su cui si vedano, tra gli altri, G.D. COMPORRI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1983 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1555 ss.; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*, cit., p. 53 ss.); ad. plen., n. 21 del 29 novembre 2021. In dottrina si veda, oltre alle opere diffusamente richiamate in nota, G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, p.

buona fede nel diritto amministrativo, recupera nella sostanza il primo, portandolo alle sue estreme conseguenze. La ricostruzione indicata, infatti, sarebbe volta non a considerare la buona fede come aggiuntiva ai canoni pubblicistici dell'azione amministrativa; ma a risolvere questi ultimi, essenzialmente, nella prima, alla quale eventualmente possono essere accompagnati, da parte del diritto positivo, ulteriori regole specifiche, che della medesima correttezza rappresentano espressione.

La correttezza dell'azione amministrativa, intesa nel paradigma della buona fede oggettiva, costituirebbe quindi, per tale via, ciò che caratterizza l'intero modulo della funzione amministrativa, depurato, in questo senso, dall'ottica della funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico⁴³. La stessa di-

303 ss.; ID., *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, p. 1529 ss.; da ultimo anche R. CAROCCIA, *Risarcimento dell'interesse legittimo. Chance, tutela dell'affidamento e regole di validità e responsabilità*, Torino, 2022, p. 107 ss.

43 È la prospettazione che, all'interno della Scuola fiorentina, si ritrova in particolare in C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. p. 176 ss., per cui, nel rapporto pretesa-obbligo determinato dai vincoli all'azione amministrativa (cfr. *supra*, par. 1, nel testo e in nota), le regole, a cui l'Amministrazione deve rapportarsi, e rispetto alle quali il privato vanta, nei confronti di essa, una pretesa in senso proprio, sono state oggetto di una specifica individuazione, volta a depurarle da ogni substrato proprio della struttura pubblicistica: esse consisterebbero nelle prescrizioni normative determinate che disciplinano l'azione amministrativa; nelle clausole generali a questa applicabili, essenzialmente risolte nella buona fede e correttezza, e nei principi speciali dell'attività amministrativa di imparzialità e buon andamento; nella norma di fine, laddove, come nel caso del potere amministrativo, è prescritto che l'atto di esercizio del potere sia volto al perseguimento di una particolare finalità. Il vincolo del fine (pp. 223 ss. e 240 ss.) rileva quindi solo sotto un profilo esterno, relativo alla possibilità di ricondurre l'interesse pubblico concretamente perseguito con il provvedimento all'interesse astrattamente assunto dalla norma che il fine ha attribuito: l'esame di tale rapporto di continenza rivela soltanto se è stato perseguito un fine differente, non come tale fine è stato perseguito (si è nell'ambito di ciò che viene tradizionalmente definito sviamento di potere). I limiti ulteriori (p. 251 ss.), riferibili alle modalità attraverso le quali il potere deve essere esercitato, compresa la ponderazione degli interessi al fine di determinare l'interesse pubblico concreto, possono rilevare, se non come violazione di norme determinate, attraverso la violazione di clausole generali, essenzialmente rappresentate dalla buona fede e dalla correttezza, ma anche (p. 334 ss.) ascrivibili a principi speciali dell'azione amministrativa (imparzialità e buon andamento: questi ultimi in parte rilevano *sub specie* di buona fede, in parte autonomamente, ma in ogni caso mantengono la struttura di norma di relazione). Rispetto a tali prescrizioni, si aggiunge, è assente la prospettiva della funzionalizzazione, in quanto l'interesse pubblico viene preso in considerazione, come detto, solo sotto un profilo esterno, o in ragione della non conformità dell'interesse nel caso concreto a quello astratto previsto dalla relativa norma (sviamento di potere), o in relazione alla violazione di una clausola generale neutrale rispetto a detto interesse. All'esterno di tali regole, e quindi del rapporto, si situa invece ciò che attiene alla scelta discrezionale in senso proprio, rispetto alla quale non si configura alcun vincolo, essendo stati ascritti, quelli relativi alla funzione, all'ambito delle regole: in questi termini, secondo la generale impostazione fiorentina, l'area esterna rispetto alle re-

disciplina procedurale non sarebbe nient'altro che una forma di esplicazione di tale canone, o comunque di canoni puntuali collegati alle peculiari declinazioni del potere pubblico nel caso concreto, ma sempre leggibili nell'ambito di un rapporto sostanzialistico tra P.A. e privato⁴⁴.

L'esercizio, da parte dell'Amministrazione, della discrezionalità ad essa conferita – o, più correttamente, in quest'ottica, della autonomia di cui normativamente gode – e la correlata responsabilità nella relativa azione, atterrebbe, a sua volta, alla generale correttezza oggettiva dell'esecuzione del rapporto⁴⁵, per

gole è l'area di libera scelta riservata all'Amministrazione (il merito, insindacabile in sede giudiziaria), che le deriva dalla sua posizione istituzionale, con una totale risoluzione della discrezionalità nel merito (cfr. quanto detto *supra*, par. 1, e in nota i relativi riferimenti).

44 Si veda quanto detto *supra*, par. 1.

45 Poiché l'area della discrezionalità, corrispondendo all'assenza di regole, sarebbe estranea a qualsiasi funzionalizzazione degli interessi coinvolti, si è infatti potuti ulteriormente pervenire, sviluppando la ricostruzione descritta subito sopra, in nota, alla completa estromissione delle categorie di validità proprie del diritto amministrativo (l'eccesso di potere), in favore di un modello di sindacato basato sulle regole del rapporto, sul presupposto che soltanto il secondo sia idoneo a costituire un canone di valutazione della validità dell'atto amministrativo (e in generale della correttezza dell'azione della P.A.) che non passi attraverso la funzionalizzazione all'interesse pubblico: in questo senso C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. pp. XI ss., 3 ss., 161 ss. e 223 ss., la quale ha criticato la figura dell'eccesso di potere, in quanto configurato come forma di invalidità volta ad improntare, quale vizio della funzione amministrativa, la categoria dell'illegittimità dell'atto all'interesse pubblico, cioè all'interesse di una delle parti. Per tale via, si è proposto, allora, un modello di sindacato mutuato su quello proprio dei poteri privati, il quale utilizzerebbe un canone neutrale rispetto agli interessi in gioco, quello, appunto, delle clausole generali di buona fede e correttezza (p. 259 ss.), che è specificato (non già assumendo il punto di vista del soggetto privato che ha esercitato il potere, ma) utilizzando uno standard di accettabilità della condotta derivante da una ragionevole coscienza comune, attraverso il quale si perviene alla creazione di diritti soggettivi ad un comportamento corretto. Si è così pervenuti, nella maniera descritta, alla compiuta elaborazione di un canone *prettamente sostanziale* dell'azione amministrativa. Cfr. anche ID., *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, p. 131 ss.; 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, p. 63 ss.

Una prospettiva simile, pur con riferimento al regime del potere privato (pubblico privatizzato) in rapporto con quello del potere pubblico, si ritrova in A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, p. 5 ss., spec. pp. 125 ss., 196 ss., 217 ss. e 243 ss., ove si effettua una comparazione prendendo in considerazione in proposito il potere, oggetto di privatizzazione, concernente il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. Si configurano in tal modo due modelli di sindacato giurisdizionale: il primo è quello tradizionale pubblicistico, che fa riferimento al potere unitariamente considerato, e si effettua mediante il vizio di eccesso di potere; il secondo è quello che si riscontra in ambito privatistico, per cui la disciplina a cui il potere è soggetto va ad individuare la consistenza di una pretesa garantita alla parte, e il sindacato ha ad oggetto l'accertamento della situazione di diritto così ricostruita secondo la tutela configuratene dall'ordinamento. In questa seconda evenienza, la funzionalizzazione può trovare riscontro solo indirettamente, come viola-

come diretto all'attuazione della *chance* legale conferita dall'ordinamento normativo nell'esercizio del potere⁴⁶.

In tale prospettiva, risulta possibile ricavare anche un valore (non tanto aggiuntivo, quanto) più specifico della buona fede come regola di validità, ulteriore rispetto a quello generale, e correlato alla sua espressione in termini di affidamento. Si è affermato, infatti, che l'affidamento che il privato ripone nelle rassicurazioni fornite al soggetto pubblico sull'esercizio del potere discrezionale, purché esplicite, puntuali e concordanti, sia idoneo a vincolare il riesercizio del potere amministrativo (e finanche l'esercizio dei poteri di secondo grado), in termini di invalidità dell'atto contrario⁴⁷.

zione di clausole generali quali correttezza e buona fede, che nella disciplina dell'esercizio del potere si inseriscono. In generale, si aggiunge, poi, come (pp. 254 ss. e 277 ss.) la considerazione del potere attraverso il prisma privatistico del rapporto e delle situazioni giuridiche che ad esso fanno riferimento sia un aspetto che può interessare anche l'evoluzione dei rapporti amministrativi in senso proprio.

Differente l'analisi di G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, *passim*, il quale, dopo aver considerato che il carattere discrezionale del potere amministrativo non avrebbe implicazioni dirette sui limiti di esercizio di tale potere e sul relativo modello di sindacato, e che la concezione dell'autonomia privata si sia evoluta nel senso di far ritenere sotto taluni profili ammissibile un sindacato del giudice anche sull'equilibrio degli interessi delle parti all'interno del rapporto, afferma che tra poteri privati e poteri pubblici non sarebbe ravvisabile una diversità strutturale, cosicché le differenze deriverebbero semplicemente da quanto stabilito nella concreta disciplina di riferimento: si dovrebbe quindi riconoscere uno statuto unitario del potere, essendo indifferente, ai fini dell'individuazione dei limiti ad esso inerenti, che la scelta si svolga in un ambito di discrezionalità o di autonomia.

46 Nel senso considerato da L. Ferrara, su cui *supra*, par. 1, nel testo e in nota.

47 Si veda in proposito, all'interno dello stesso filone dottrinale richiamato, G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, p. 183 ss., configura l'esistenza di una preclusione all'esercizio in un senso particolare della discrezionalità, che provenga dall'affidamento ingenerato nei confronti del privato in ordine a tale profilo. In particolare, secondo l'A., con riferimento all'illegittimità dell'originario provvedimento, la correttezza, che viene in questione, sarebbe quella propria dell'ordinario interesse legittimo, inteso appunto nell'ottica fiorentina. Rispetto ad essa, dovrebbe riconoscersi invece all'affidamento, collegato al principio di buona fede, la fonte di un'obbligazione accessoria ed eventuale collegata allo stesso interesse legittimo (sempre inteso nel senso della Scuola fiorentina, quale pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole): detta obbligazione si correlerebbe alla rilevanza che la buona fede, nei rapporti amministrativi, può trasporre dal piano del comportamento al piano della validità, per tale via risultando idonea, si assume, a vincolare la P.A. nella sua successiva spendita della discrezionalità (propria, a fronte di un potere astrattamente discrezionale, dell'attuazione dell'interesse legittimo, dell'attuazione, cioè, della possibilità normativa del risultato favorevole). In tale prospettiva, il vincolo in questione maturerebbe qualora si siano fornite al privato, sull'esercizio del potere discrezionale, rassicurazioni che si presentino esplicite, precise, puntuali e concordanti, nonché provenienti da una fonte affidabile, e non scaturenti dal mero contatto informale con un funzionario (in questo senso, esse sarebbero essenzialmente ascrivibili ad autovincoli posti

2.1 Critica al valore della buona fede come regola interna della funzione

La rilevanza della buona fede in ordine all'azione amministrativa, e la possibilità che essa integri una norma di validità dell'atto che dal suo esercizio scaturisce, risiede, essenzialmente, nella considerazione che si assume del modello di produzione corrispondente alla funzione amministrativa, per come idoneo a trovare riscontro nel nostro ordinamento positivo. La tesi, da ultimo rappresentata, che nella correttezza dell'azione, quantomeno in via di principio riguardabile attraverso il prisma della buona fede, risolve l'intera azione amministrativa, si pone in questa chiave di lettura, non riconoscendo al modulo di

dalla P.A., purché questi siano riferiti ad uno specifico procedimento concreto, nel rapporto rivolto ad un singolo privato, esprimendosi attraverso l'adozione di un atto endoprocedimentale; e non assumano invece carattere generale e/o di predeterminazione in senso proprio, come tali estranei all'affidamento); ciò laddove, ovviamente, un interesse legittimo (la possibilità normativa del risultato favorevole) sia in concreto sussistente in capo al privato stesso (sia, cioè, rispetto all'interessato, integrata la componente fattuale, riferibile agli elementi vincolati afferenti al potere, correlata ad una posizione individuale normativamente garantita); e non vi sia stato inoltre, da parte di questi, un comportamento scorretto idoneo a determinare la formazione dell'affidamento, che andrebbe ad integrare, a sua volta, una violazione della buona fede, in tal caso del privato nei confronti dell'Amministrazione, ostativa ad un affidamento incolpevole.

In giurisprudenza, si può vedere invece Cons. St., sez. VI, n. 1321 del 25 febbraio 2019, annotata da S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1172 ss.; F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, *ivi*, p. 1236 ss. La pronuncia in questione ha infatti prospettato la tesi dell'esaurimento del potere a seguito di suoi plurimi esercizi errati, determinato dall'insanabile frattura del rapporto di fiducia dovuto all'agire reiteratamente capzioso, critico e contraddittorio dell'Amministrazione. In particolare, nel caso di specie, a fronte della reiterazione di plurimi dinieghi di abilitazione scientifica nazionale, si è ritenuto che la commissione giudicante, pur non violando il giudicato, in sé limitato al divieto di non ripetere l'errore motivazionale in cui era incorsa la commissione precedente, fosse pervenuta, nei diversi atti di riesercizio del potere, sempre in senso negativo, a giudizi tra loro contraddittori. In tale prospettiva, si è allora sostenuto, sarebbe stata integrata un'azione lesiva del canone di buona amministrazione e dell'affidamento del privato, che avrebbe portato allo svuotamento della discrezionalità amministrativa nel caso di specie, con possibilità di ottenere direttamente davanti al giudice, in via sostitutiva, l'utilità finale auspicata, corrispondente alla produzione dell'effetto abilitativo favorevole.

La risoluzione dell'azione amministrativa in una prospettiva prettamente sostanzialistica potrebbe poi, a ben vedere, consentire di ricondurre alla violazione della buona fede anche il fondamento di preclusioni nei confronti del privato, in ordine all'esercizio di poteri procedurali e/o alla successiva impugnazione dell'atto. In proposito, per la considerazione del rapporto tra buona fede e posizione del privato quale idoneo a giustificare un'incisione sotto un profilo preclusivo, o comunque sotto quello relativo alla validità dell'atto, si può vedere, in particolare, S. TORRICELLI, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 29 ss.

esercizio della funzione valore in sé normativamente differente da quello proprio di ogni altro operatore sostanziale dell'ordinamento.

Ora, a noi pare che quanto sostenuto da quest'ultima impostazione non possa dirsi condivisibile, in ragione del differente rilievo che, in questo senso, deve essere conferito alla declinazione del modello strutturale della funzione. Viene in rilievo, in proposito, quanto ricordato all'inizio della nostra trattazione in ordine alla contrapposizione tra considerazione prettamente sostanziale e considerazione procedurale dell'agire amministrativo, e, di conseguenza, la correlazione che assume, in tali prospettive, il rapporto tra dato teleologico e dato strutturale della funzione.

Volendo meglio specificare la nostra posizione, si può partire dalla considerazione per cui, a nostro avviso, la concretizzazione dell'ordinamento attraverso l'esercizio di un potere (privato o amministrativo) può in via generale sempre considerarsi espressione dell'attuazione di un valore, che avviene attraverso la produzione della situazione effettuale a cui è funzionale la stessa situazione giuridica di potere a cui si fa riferimento. Il valore, a sua volta, promana dal nucleo assiologico idoneo a sorreggere l'ordinamento: in questo senso, l'esplicarsi di quest'ultimo porta con sé, nell'intrinseca essenza della propria giuridicità, il suo fondamento valoriale, che pervade così l'intera dimensione normativa.

L'ordinamento non conosce, in questa prospettiva, un'interruzione di giuridicità nella sua attuazione; anche la partecipazione alla definizione del valore da attuare, quando ammessa in ragione della presenza di un elemento teleologico non compiutamente determinato, si muove nell'ambito del quadro giuridico di riferimento, e del correlato contesto assiologico. Tuttavia, all'interno dello stesso ordinamento, è possibile riscontrare differenti modelli strutturali attraverso cui la sua attuazione avviene.

Si deve in proposito considerare che, nell'ambito della dinamica giuridica, il ruolo degli operatori si esprime attraverso varie modalità: nel valutare la rile-

vanza di un determinato complesso di fatti in relazione ad un valore che deve trovare attuazione; nell'attuare un determinato valore, ponendo in essere un determinato effetto; nel partecipare alla determinazione del valore da attuare, che a sua volta si inserisce all'interno della generale dimensione assiologica dell'ordinamento. Il modello strutturale attraverso cui ciò avviene dipende essenzialmente dalla rilevanza giuridica che viene assegnata al momento di esplicazione dell'attività corrispondente.

Tale aspetto assume rilevanza per quanto concerne la definizione del profilo teleologico afferente al potere. Un siffatto profilo è sempre presente, in ragione di quanto rappresentato: nello specifico, la norma può espressamente prendere in considerazione il fine da perseguire per la valutazione di validità dell'esercizio del potere, in senso positivo o negativo (si deve/non si deve perseguire un determinato fine), oppure, detto fine può rilevare indirettamente dal rispetto delle clausole generali e delle regole puntuali stabilite per il suo esercizio. La presenza di un margine di scelta, afferente a tale profilo, comporta la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, e si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione, come detto. In questo senso, se il potere non è vincolato, esso porta sempre con sé la necessità di specificazione del profilo teleologico di cui è partecipe.

Ciò, tuttavia, non significa che la determinazione del fine da perseguire sia in ogni caso direttamente rilevante, e che si debba quindi accedere necessariamente ad un'ottica di funzionalizzazione, intesa nel senso precedentemente descritto. In altri termini, perché l'elaborazione del criterio di preferenza possa assumere rilievo *in via autonoma e diretta*, possa, cioè, rilevare in quanto tale in sé e per sé, non è sufficiente che l'ordinamento riconosca la giuridica rilevanza del margine di scelta sotto il profilo teleologico, nel senso già chiarito. È altresì necessario che vi sia una specifica considerazione del processo formativo della decisione. L'elaborazione di un criterio di preferenza su base teleologica, che ri-

colleghi la qualificazione effettuata dalla norma al momento dispositivo del potere, richiede quindi, per assumere autonomo rilievo giuridico nel senso anzidetto, che la stessa attività decisoria, in cui detto criterio si viene ad inserire, risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali.

Se non vi è, in questo senso, una decisione, se questa, cioè, non rileva giuridicamente come tale, neppure vi sono spazi per dare rilevanza, in via diretta, alla determinazione di un criterio di preferenza che ad essa risulti sotteso. In questa prospettiva, la compiuta definizione del profilo teleologico da parte dell'operatore, l'assunzione, quindi, di un criterio di preferenza, può assumere un rilievo soltanto esterno, estraneo alla funzionalizzazione, nel senso che la determinazione della regola dell'agire attiene ad un profilo di autonomia o libertà di scelta, e il rilievo ad essa attribuito è solo quello, indiretto, che deriva (esplicitamente) dalla norma che pone un vincolo sul fine o (implicitamente) da quelle che comunque hanno ad oggetto clausole generali, come appunto la buona fede.

È, quella appena descritta, appunto la rappresentazione che è stata data da chi, estromettendo il perseguimento del fine dall'ottica della funzionalizzazione, ha fornito una ricostruzione del potere amministrativo corrispondente ad una siffatta declinazione strutturale, in un'ottica, cioè, *prettamente sostanziale*⁴⁸. Tuttavia, concependosi in questo modo il potere amministrativo, si svaluta il rilievo strutturale che ad esso viene invece attribuito dall'ordinamento, in uno con la declinazione del profilo teleologico che all'interno del relativo modello troverebbe riscontro.

La valutazione del modello strutturale della funzione consente, invece, di pervenire ad una differente conclusione.

⁴⁸ Il riferimento è all'impostazione della Scuola fiorentina, e, in particolare, come visto, alla ricostruzione di C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., di cui *supra*, al par. precedente, nn. 43 e 45. In quest'ottica – che è quella che deve seguirsi nell'ipotesi in cui la sostanza del processo decisionario non assuma rilievo giuridico nel senso anzidetto – il profilo teleologico assume quindi valore in relazione alla non sussumibilità dell'interesse concreto perseguito all'interno della categoria dell'interesse pubblico astratto (come, cioè, sviamento di potere in senso stretto), ovvero come violazione di clausole generali o regole specifiche che governano l'esercizio del potere.

Il modello di produzione, che viene in questione in relazione al potere amministrativo, può dirsi essere strutturato nel senso di un processo che incentra la formazione della decisione sull'accertamento⁴⁹. Tale modello assume, infatti, soggettivamente e oggettivamente, i caratteri propri di un processo⁵⁰; di una procedura, cioè, volta ad accertare, nella complessità soggettiva che si esplica attraverso il contraddittorio tra le parti, la sussistenza della/e situazione/i giuridica/he che assurgono ad ipotesi da verificare⁵¹.

49 Sul punto cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 403 e 410 ss.

Sul modello procedimentale amministrativo quale procedura di accertamento, si vedano anche, nelle differenti declinazioni, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. p. 75 ss.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 92 ss.; cfr. pure quanto affermato da A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli*, cit., pp. 121-122, n. 124, riportato *supra*, n. 32.

50 Cfr., su detti caratteri, quanto detto *supra*, par. 1, nel testo e in nota, ove si è rappresentato come, perché vi sia un processo, vi debba essere una procedura che, nella definizione della decisione, consenta ai soggetti nella cui sfera giuridica la decisione stessa dispiegherà i suoi effetti, di partecipare all'attività strutturalmente volta alla verifica dei fatti e alla conseguente definizione del contenuto del relativo atto, senza che il decisore possa obliterare tale attività, pur potendosi discostare dalle relative posizioni, dandone conto.

51 In particolare, sotto il profilo soggettivo (su cui si veda *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 403 ss.; II- 2, cit., p. 20 ss.; nonché *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 34 ss. e 181 ss.; *Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *Pers. amm.*, 2019, ora modificato e con il titolo *Considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, 2021, p. 338 ss.), la circostanza per cui, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, l'autorità decidente deve aprirsi al confronto delle parti e considerare l'attività dell'altra parte intervenuta, sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, consentendo, secondo l'insegnamento processualcivilistico, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo (cfr. *supra*, par. 1, n. 10). L'assenza di una piena pariteticità tra le parti non toglie, infatti, che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente). La presenza di una procedura in contraddittorio (sia pure, in questo senso, non prettamente garantistico, ma collaborativo-garantistico, secondo la terminologia da noi utilizzata nelle opp. citt.) consente quindi, come detto, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo. Può concludersi quindi nel senso che l'azione amministrativa si svolge nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere, e la cui struttura è quella propria di un modello fondato sulla mancanza o sull'incompleta separazione tra l'organo decidente e i contraddittori.

Le conseguenze che, a nostro avviso, devono ricavarsi da tale ricostruzione sono rilevanti sotto vari profili.

In primo luogo, si deve considerare come, nel senso descritto, le situazioni del privato che si rapportano con il potere (qualificabili quindi, secondo la definizione positiva, come interessi legittimi), siano esse rivolte all'utilità a rilievo sostanziale, ovvero ad utilità (prettamente) procedimentali, assumono comunque carattere procedurale, per come interne alla struttura processuale dell'azione amministrativa.

Le situazioni giuridiche soggettive configurabili in capo al privato a fronte della situazione giuridica di potere, così come la stessa situazione di potere, assumono, cioè, la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale. In particolare, l'interesse del soggetto che si rivolge nei confronti dello svolgimento del procedimento individua le situazioni giuridiche *procedurali astratte, prettamente procedimentali*, che si vengono a configurare in relazione al rapporto tra (interesse appunto del) soggetto e norme sulla produzione di carattere formale (esplicazione del contraddittorio, svolgimento delle attività di verifica, requisiti formali dell'atto, ecc.), attinenti agli elementi della fattispecie della situazione effettuale. L'interesse del soggetto che si rivolge alla situazione giuridica di potere (di produzione di un effetto precettivo) che nell'ambito del procedimento si esplica individua, invece, le situazioni *procedurali concrete, a rilievo sostanziale*, che traggono la loro configurazione, e la loro consi-

Sotto invece il profilo oggettivo (*Potere*, I, cit., p. 410 ss.), viene normativamente prevista una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori di cui agli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consenta di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività viene quindi unitariamente considerata quale ascritta ad una verifica in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo. Sul punto, si veda quanto si dirà di seguito, nel testo.

stenza, nel rapporto tra (interesse del) soggetto e norme sostanziali sulla produzione, per come considerate insieme con le prescrizioni procedurali volte alla definizione della modalità deontica dello svolgimento e della conclusione della procedure, e per come rapportate al modello normativo della funzione fatto proprio dal nostro ordinamento⁵².

In tale scenario, la stessa azione procedimentale amministrativa, quale agire rivolto alla decisione, viene dunque in considerazione nei termini di *comportamento procedurale*⁵³, rispetto al quale le differenti situazioni vengono a rapportarsi, e, con essa, la stessa validità dell'atto (rispettivamente, per ragioni formali o sostanziali).

In secondo luogo, la connotazione della funzione amministrativa quale modello processuale rivolto alla verifica della sussistenza delle condizioni dell'esercizio del potere consente di ascrivere normativamente a tale modello (ad un modello, quindi, fondato sull'accertamento) l'intera struttura della funzione.

La circostanza per cui, infatti, nel processo formativo della decisione, l'attività decisoria risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali, si deve ritenere rappresentare una precisa scelta di valore da parte dell'ordinamento, relativa all'esplicazione della dinamica della produzione. Tale scelta di valore ha conseguenze in ordine all'emersione del profilo teleolo-

52 Sulle due tipologie di situazioni cfr., più nello specifico, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 408 ss., e II-2, cit., p. 11 ss.

53 Sulla considerazione, in senso corrispondente, del comportamento amministrativo, si veda in proposito E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, *passim*, spec. p. 222 ss., che rispetto alla categoria di comportamento tradizionalmente utilizzata nel diritto amministrativo, quale contrapposta all'atto, propone l'utilizzo della relativa categoria mutuata dalla teoria generale, quale idonea a ricomprendere dell'intera gamma dell'azione amministrativa, compreso quindi, eventualmente, anche il provvedimento. Ci si situa, in questo modo, nell'ottica fatta propria da A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 209 ss., spec. pp. 220-221, per cui la sempre più ampia funzionalizzazione dell'azione amministrativa conseguente allo sviluppo del procedimento ha condotto "all'offuscamento prima ed all'obsolescenza poi della distinzione "materiale" tra atto e comportamento, mettendo in crisi la stessa traducibilità (di una parte almeno) dell'azione amministrativa nei termini propri dell'atto giuridico, e determinando quindi la tendenziale confluenza delle forme giuridiche di tale azione all'interno di una nozione ampia e omnicomprensiva di comportamento".

gico a cui il potere (ogni potere) è rivolto, nel senso che tale profilo, e l'eventuale elaborazione di un criterio di preferenza che si accompagna alla sussistenza di discrezionalità nella sua definizione, risulta idoneo, per tale via, ad assumere rilievo, secondo quanto in precedenza spiegato, in via autonoma e diretta⁵⁴.

Il profilo descritto assume rilevanza in quanto, nel momento in cui risulta possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verifica del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale riceve rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, si deve allora ritenere che anche le ulteriori attività valutative, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, devono essere ascritte a tale modello strutturale, in ragione della compresenza, accanto al valore sostanziale di definizione della scelta in ordine alla definizione della regola di preferenza, di quello procedurale proprio del modello strutturale della determinazione stessa⁵⁵. Ne consegue, accedendosi a tale ricostruzione, che deve scindersi l'operatività della regola di preferenza discrezionale sul piano sostanziale e su quello procedurale, giacché, rispetto a quest'ultimo, la regola in questione si deve considerare già normativamente esistente⁵⁶. In tal modo, sen-

54 Cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 443 ss.

55 In presenza di un profilo che comporta la necessità di definizione discrezionale del profilo teleologico ai fini dell'esercizio del potere (di un profilo, cioè, che l'ordinamento ritiene di dover considerare quale partecipazione, da parte dell'operatore, alla definizione del valore da attuare, e non semplicemente come attuazione di un valore considerato già normativamente definito), la previsione di un modello strutturale di accertamento non potrebbe, infatti, richiarsi al fine di fornire una descrizione logica del modello decisionale: la definizione di una regola di preferenza tra interessi, che esprime un vincolo deontico tra una determinata qualificazione dei presupposti e una determinata situazione effettuale ipoteticamente stabilita (ovvero tra differenti qualificazioni dei presupposti e una pluralità di situazioni effettuali, tra quelle ipoteticamente previste in maniera più o meno definita dalla norma), non si lascerebbe, in questo senso, ricondurre al fenomeno della qualificazione normativa, e quindi ad un modulo di accertamento. Il modello strutturale in questione risulta, però, idoneo a rilevare in altro senso, quale valore giuridico che l'ordinamento pone in ordine alla considerazione di una modalità di produzione del diritto, idoneo a scindere, sotto tale profilo, il piano di rilevanza giuridica sostanziale da quello procedurale: la conseguenza, come detto di seguito, nel testo e alla nota successiva, è che la definizione, non ancora effettuata, della regola di preferenza, pur comportando che detta regola non sussista ancora nella realtà sostanziale, comporta pure che la regola in questione venga ad essere normativamente considerata come già operativa sul piano procedurale; in questo modo, il modello procedurale, e la relativa attività, possono essere unitariamente considerati quale espressione di un modulo processuale di accertamento. Si veda, in proposito, *Potere*, I, cit., p. 446 ss.

56 Cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 450 ss.; *Riflessioni su potere e situazioni soggettive*, cit., p. 479 ss.; *Dialogo sul potere*, cit., p. 261 ss. Nella prospettiva rappresentata, nel momento in cui il

za disattendere l'attribuzione discrezionale dell'Amministrazione, che permane sul piano sostanziale, è possibile configurare la situazione a rilievo sostanziale (procedurale concreta) quale pretesa rivolta all'utilità finale (alla produzione o alla non produzione dell'effetto), che come tale può porsi ad oggetto del giudizio, ed essere accertata del giudice a fronte dell'esaurimento della discrezionalità (esaurimento che, in ragione di tale ricostruzione, potrebbe avvenire anche in via processuale)⁵⁷.

Ora, una volta assunta questa visione del modello di produzione proprio della funzione amministrativa, e ammesse, in tutto o quantomeno in parte, le conseguenze che dalla stessa derivano in ordine alla caratterizzazione delle situazioni soggettive e all'atto di esercizio del relativo potere (ammesse, cioè, quantomeno in relazione al primo dei due profili, sulla consistenza procedurale dell'azione amministrativa), diviene evidente come non soltanto debba essere esclusa la riduzione dell'agire amministrativo ai canoni prettamente sostanzialistici poco sopra rappresentati; ma neppure possa assumersi un'ottica intermedia, tale per cui buona fede e correttezza potrebbero comunque andare ad integrare la fattispecie di invalidità del provvedimento. Tali canoni, infatti, rivolgendosi, per definizione, all'attività dell'Amministrazione considerata nella sua valenza prettamente sostanziale, non incidono sulla conformità procedurale

modello procedurale descritto si esprime nel senso di una considerazione normativa della relativa attività, complessivamente intesa, quale improntata sull'accertamento, si dovrebbe allora ritenere sussistente un'equiparazione normativa — rivolta, si badi, unicamente al piano procedurale — tale per cui l'attività di ponderazione degli interessi in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza verrebbe normativamente ascritta, appunto sotto il profilo procedurale, a quella di verifica dei fatti in ordine all'integrazione della fattispecie. Tale equiparazione procedurale si verificherebbe, come detto, in quanto l'ordinamento, nel porre il modello strutturale di accertamento quale modalità di esercizio del potere, ha effettuato una precisa scelta di valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere stesso, fondando su di esse il profilo dinamico afferente al potere. La scelta di valore effettuata dall'ordinamento sarebbe, cioè, idonea a scindere, sotto tale profilo, il piano di rilevanza giuridica sostanziale da quello procedurale: con la conseguenza, come già rappresentato alla nota precedente, che la regola di preferenza, pur non sussistendo ancora nella realtà sostanziale, viene ad essere normativamente considerata come già operativa sul piano procedurale. In questo senso, dunque, il modello procedurale, e la relativa attività, vengono ad essere unitariamente considerati quale espressione di un modulo processuale di accertamento.

⁵⁷ *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 456 e 521 ss.; II-1, cit., p. 211 ss.; *Riflessioni su potere e situazioni soggettive*, cit., pp. 487 ss. e 498 ss.; *Dialogo sul potere*, cit., pp. 268 e 277 ss.

dell'azione amministrativa, che è il dato a cui si rapportano le situazioni giuridiche inerenti alla validità dell'atto (a rilievo sostanziale o prettamente procedurali).

Le conclusioni effettuate risultano suffragate, del resto, dalla considerazione delle stesse posizioni che, nel diritto amministrativo, si sono espresse su buona fede e correttezza, e sulla correlata tutela dell'affidamento, nelle varie declinazioni intervenute. Secondo quanto visto al paragrafo precedente, infatti, la buona fede non è riuscita ad assumere un effettivo rilievo autonomo sotto il profilo della legittimità dell'atto.

Il vero è che, una volta ammessa una serie di parametri, quali principi o regole specificamente costitutivi della situazione procedurale, non possono poi, questi, essere doppiati attraverso un parametro ulteriore di matrice prettamente sostanzialistica, salvo non risolvere in quest'ultimo, in tutto o in parte, la stessa serie di principi e regole, che però, per tale via, vedrebbero svalutato il loro carattere procedurale. L'utilizzo, allora, che può riscontrarsi anche da parte della giurisprudenza, della buona fede e della correttezza, al fine di sancire, nell'ipotesi della loro violazione, l'illegittimità di un provvedimento, è operazione che o si risolve in una mera tecnica argomentativa, per cui il provvedimento risulterebbe illegittimo a norma degli stessi parametri che tradizionalmente regolano l'attività amministrativa; oppure non può essere condivisa, in quanto presupporrebbe una completa svalutazione del valore del piano strutturale della funzione, finendo per comportare l'adesione a quell'impostazione che risolve nella dimensione della correttezza l'intero rapporto amministrativo. Negata, per i motivi rappresentati, tale assimilazione, si espunge il parametro della buona fede e della correttezza dalle regole interne della funzione e di validità del provvedimento⁵⁸.

58 Né la buona fede potrebbe, nel medesimo senso, portare ad una preclusione al riesercizio del potere che si fondasse sulla sua violazione, attenendo, detta preclusione, al medesimo piano di validità dell'atto. Non si condivide, quindi, la sent. Cons. St., sez. VI, n. 1321 del 25 febbraio 2019, richiamata *supra*, par. 2, n. 47 (e già oggetto di critica da parte nostra in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 376 ss.), che, invece, si è espressa in questo senso. Né può aderirsi a quanto sostenuto da G. MANNUCCI, *L'affidamento*, cit., p. 183 ss., pure richiamata sopra, *ivi*, in

2.2 La buona fede come regola dell'agire amministrativo esterna al piano di rilevanza proprio della funzione. Le situazioni giuridiche prettamente sostanziali come situazioni residuali

La rappresentazione delle situazioni di ordine procedurale, che si pongono in relazione al potere amministrativo, ha portato dunque a distinguere situazioni di carattere concreto, a rilievo sostanziale, rispetto alle quali l'interesse si appunta sulla produzione o meno dell'effetto attraverso l'esercizio del potere; e situazioni di carattere astratto, appunto prettamente procedurali, ove l'interesse ha riguardo del corretto svolgimento della funzione. Il carattere procedurale delle situazioni, anche per quelle a rilievo sostanziale, deriva dal modello normativo proprio della realtà strutturale che connota la funzione amministrativa, come si è avuto modo di spiegare poco sopra. Corrispondentemente, il comportamento, attuativo o lesivo delle differenti situazioni, per il contesto struttu-

merito all'esistenza di una preclusione all'esercizio in un senso particolare della discrezionalità, che provenga dall'affidamento ingenerato nei confronti del privato in ordine a tale profilo. In particolare, rispetto a quest'ultima impostazione, pur configurandosi, come detto, l'affidamento su una base procedurale, questa viene intesa, e ridotta, ad una visione prettamente sostanzialistica (secondo l'impostazione generale propria del filone dottrinale in questione): la preclusione proposta si fonderebbe, infatti, su un elemento alquanto limitato e parziale (oltre che piuttosto altalenante e incerto), quale le rassicurazioni sul punto fornite dalla P.A.; vengono così in rilievo, sì, gli atti endoprocedimentali, ma nella loro possibilità di fornire rassicurazioni al privato, con le incertezze che da ciò conseguono sotto il profilo interpretativo e applicativo; mentre, rispetto a tali atti, parrebbe maggiormente corretto riconoscere un effetto di vincolo di natura essa stessa procedurale, quale vincolo, cioè, funzionalmente collegato alla verifica del rapporto tra realtà normativa e realtà fattuale nella contestuale staticizzazione dell'elemento discrezionale della fattispecie, e riconducibile, in sé, alla generale disciplina dell'efficacia propria degli atti amministrativi (come da parte nostra si è ritenuto di dover fare, e nei termini in cui si è reputato di dovervi riferire, attraverso il riconoscimento di un effetto di accertamento all'atto amministrativo: cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 495 ss.). Il rischio, aderendosi alla tesi in esame, è, in effetti, quello per cui, in ragione del dato prettamente sostanzialistico da cui viene a muoversi, si finisca per dare rilievo ad un elemento strutturalmente considerato in modo potenzialmente ondivago, e soprattutto estraneo (non alla generale correttezza dell'azione amministrativa, nel senso che parte nostra si verrà a descrivere, ma, questo sì) al ruolo procedurale di definizione della scelta amministrativa; ciò che verrebbe a snaturare, nella maniera rappresentata, una procedura avente un valore decisorio normativamente definito nel senso dell'accertamento, in ordine alla determinazione della sussistenza o insussistenza della situazione di potere da esercitare.

Allo stesso modo, la negazione della risoluzione dell'azione amministrativa in una prospettiva prettamente sostanzialistica, per come spiegata, è ciò che impedirebbe di ricondurre alla violazione della buona fede il fondamento di preclusioni anche nei confronti del privato, nell'esercizio di poteri procedimentali e/o nella successiva impugnazione dell'atto: cfr., per questa possibilità, ancora *supra*, par. 2, n. 47.

rale della funzione all'interno del quale si inserisce, assume un carattere che si è definito, anch'esso, *procedurale*: il profilo che viene in evidenza è infatti quello che trova svolgimento in relazione al procedimento. Ciò comporta una differenziazione in ordine al carattere strutturale di tali situazioni, e, si assume, finanche della loro consistenza, in ragione della possibilità di considerare la discrezionalità nella sua rilevanza normativa procedurale.

Il generale rilievo procedurale del comportamento, nei termini appena descritti, non esclude però che il comportamento stesso possa rilevare anche a prescindere da tale sua dimensione, in un'ottica, cioè, *prettamente sostanziale*, ove possa trovare rilievo il canone della buona fede.

Si deve infatti ricordare che le considerazioni svolte non conseguono all'adesione ad una presunta impermeabilità del potere pubblicistico a principi di natura privatistica, e quindi all'argomento tradizionale della funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento del pubblico interesse. L'impossibilità di accedere alla rappresentazione criticata deriva invece, lo si è detto, dal rilievo della funzionalizzazione sotto il profilo strutturale, dalla circostanza, cioè, per cui, opinando nel senso che qui non si condivide, si avrebbe una svalutazione, e un appiattimento su una dimensione prettamente sostanzialistica, della struttura normativa della funzione, per come incentrata su un modello processuale.

La ricostruzione da noi effettuata in ordine alle situazioni giuridiche inerenti al potere amministrativo non esclude, allora, il rilievo della buona fede. Ciò che si è invece escluso, lo si è spiegato, è che tale dimensione possa qualificare l'essenza relazionale della funzione, e conseguentemente la relativa gamma di situazioni giuridiche, all'interno della vicenda che coinvolge Amministrazione e privato/i. La struttura procedurale della funzione che connota il potere amministrativo, in ragione delle caratteristiche che hanno consentito di indentificarla come modello processuale di accertamento, attrae infatti a sé le relative situazioni giuridiche, conformandone i caratteri e finanche la struttura. In que-

sto quadro, in ogni caso, cioè, in cui il potere si inserisca in una siffatta dimensione procedurale, il carattere prettamente sostanziale del comportamento può allora assumere rilievo, ma in una portata soltanto *esterna* al piano proprio della struttura normativa della funzione, e come tale *residuale* rispetto alle situazioni giuridiche che invece possono essere ricondotte alla dimensione procedurale (astratta o concreta), riferendosi appunto ai casi in cui, non essendo ravvisabile la lesione di una di tali situazioni, si sia comunque in presenza di una violazione degli obblighi di buona fede e correttezza. Opinare il contrario, riducendo, conseguentemente, il rapporto tra P.A. e privato/i al suo rilievo all'interno dei canoni indicati (al limite, insieme ad altri canoni più specifici, ma comunque improntati ad un'ottica prettamente sostanzialistica), comporterebbe invece, lo si ripete ancora una volta, un appiattimento della dimensione procedurale su quella sostanziale, contrario al modello strutturale normativamente espresso da una tipologia di funzione quale quella amministrativa⁵⁹.

Nel senso rappresentato, è dunque possibile configurare situazioni prettamente sostanziali, ove il comportamento dell'Amministrazione potrebbe assumere considerazione alla luce dei canoni di buona fede e correttezza, di rilevanza soltanto esterna rispetto al rilievo strutturale della funzione, e quindi residuale rispetto ai rapporti tra P.A. e privato nell'esercizio del potere amministrativo. È, corrispondentemente, all'evenienza descritta che deve essere rapportata la norma di cui al co. 2 *bis* dell'art. 1, l. n. 241/1990, quando impronta i rapporti di diritto amministrativo ai canoni in questione.

In questo senso, in particolare, risulta possibile individuare la posizione del soggetto, ritenuta rilevante da parte dell'ordinamento, il cui interesse non risulta rivolto né alla produzione dell'effetto sostanziale scaturente dalla situazione di potere che risulta integrata sotto il profilo fattuale, né al rispetto di una garanzia procedurale in sé considerata, integrante una corrispondente situazione giuridica. L'interesse, in questo senso, sarebbe quello all'affidamento in ordi-

59 Cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 243 ss. e 384 ss.; II-2, cit., p. 209 ss.

ne alla generale correttezza dell'azione amministrativa, che assume rilevanza in quanto, appunto, non corrispondente all'interesse già oggetto di protezione da parte dell'ordinamento in ragione della sua ascrizione al rapporto procedurale (di carattere astratto o concreto) proprio del potere amministrativo, in relazione alla struttura normativa della relativa funzione.

La considerazione descritta dell'interesse del privato alla correttezza del comportamento della P.A. trova riscontro, essenzialmente, nell'ipotesi in cui l'attività posta in essere abbia ingenerato un affidamento, incolpevole e giuridicamente rilevante, rispetto ad una previa (invalida) produzione di un effetto, corrispondente all'interesse del ricorrente, a cui tuttavia segua, in ragione dell'insussistenza della relativa situazione di potere sostanziale, la (valida) rimozione dell'effetto stesso, nei modi e nei termini in cui ciò è ammesso⁶⁰.

In tale ipotesi, infatti, la posizione protetta del soggetto non potrebbe ricevere rispondenza in una pretesa alla non produzione dell'effetto originario, non corrispondendo, quest'ultima, al suo interesse sostanziale⁶¹. Né essa potrebbe appuntarsi sulla violazione di una norma procedurale, atteso che la lesione non deriva da un'erroneità per come confinata all'ambito procedurale astratto, ma risulta riferita direttamente alla correttezza dell'assetto sostanziale

60 L'ipotesi è quella, già considerata, dell'affidamento del privato ingenerato da uno specifico comportamento dell'Amministrazione, sulla validità di un atto favorevole, poi annullato in via giurisdizionale o d'ufficio, giuridicamente tutelato sin tanto che non si ravvisino elementi impositivi in tal senso (manifesta insussistenza della pretesa originaria, ovvero finanche mala fede del privato nella relativa prospettazione, ecc.): sul punto, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 19/2021; n. 5/2018; n. 21/2021, citt. *supra*, par. 2, n. 42, con i relativi riferimenti; si veda inoltre la dottrina cit. *ivi*, al medesimo par., in nota.

Non rientra invece nello scenario rappresentato, lo si precisa solo per inciso, l'ipotesi in cui l'effetto sia (validamente) rimosso in forza di una revoca per motivi sopravvenuti. In tale evenienza, infatti, la situazione del privato di pretesa all'effetto sussisteva ed era stata correttamente attuata; non viene in questione, quindi, una lesione da comportamento scorretto e contrario a buona fede dell'Amministrazione, ma soltanto la negazione del mantenimento nel tempo della situazione effettuale, prodotta dall'atto, in ragione dell'intervento di sopravvenienze in proposito rilevanti; in ordine ad essa, in caso di pregiudizio, vale unicamente il disposto di cui all'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990.

61 Non potrebbe neppure, nel caso in cui la rimozione dell'effetto conseguiva ad un annullamento d'ufficio, venire in questione una situazione di interesse legittimo corrispondente alla pretesa alla non rimozione dell'effetto, atteso che, assumendosi validamente posto in essere l'annullamento stesso, tale pretesa, pur astrattamente rilevante (è la situazione oppositiva rispetto al potere di autotutela), risulterebbe in concreto insussistente, e quindi infondata nel merito.

posto in essere. Cionondimeno, la produzione dell'effetto sostanziale, generata nell'insussistenza della relativa situazione di potere, lede l'affidamento del soggetto fondato sulla correttezza dell'azione dell'Amministrazione.

La situazione in questione non individua, dunque, una pretesa rivolta all'ottenimento di una decisione inerente, sotto diversi profili, alla funzione, o ad una garanzia procedurale strumentale all'esplicazione di quest'ultima, ma la protezione in ordine all'affidamento, determinato dal comportamento della P.A., su un assetto sostanziale favorevole successivamente rivelatosi scorretto. Essa, quindi, si rapporta in via indiretta alla funzione amministrativa, ponendosi, cioè, rispetto a quest'ultima, sotto un profilo soltanto esterno. Il relativo comportamento concernente l'esercizio del potere amministrativo, conseguentemente, prescinde dal suo rilievo procedurale, per assumere rilevanza su un piano prettamente sostanziale.

Tale ricostruzione delle situazioni giuridiche prettamente sostanziali, nel senso di situazioni aventi rilievo residuale rispetto a quelle di carattere procedurale, può aggiungersi, è propria di tutte quelle ipotesi in cui la struttura normativa della funzione si caratterizzi nel senso da noi individuato. Essa si ritrova, in particolare, anche nel processo giurisdizionale, ove situazioni di carattere prettamente sostanziale devono considerarsi separatamente da quelle procedurali (anche a rilievo sostanziale), come è possibile rinvenire nel fenomeno dell'abuso del processo, da interpretare, quindi, compatibilmente con la rappresentazione appena prospettata⁶².

62 In questo senso, si ritiene che l'abuso del processo, quale espressione della lesione della buona fede nell'ambito giurisdizionale, possa essere fonte di responsabilità, ma debba considerarsi inidoneo a dare luogo ad una pronuncia di inammissibilità della domanda proposta. Viene fatta salva, ovviamente, l'ipotesi in cui detta ammissibilità trovi spiegazione in specifiche disposizioni, o su principi processuali differenti; ma, in tal caso, è evidente, il fondamento dell'inammissibilità prescinderebbe dal canone della violazione della correttezza, e riposerebbe direttamente sulla disposizione o sul principio violato (analogamente a quanto si deve ritenere accadere per l'invalidità dell'atto amministrativo comunque riconducibile alla violazione dei parametri procedurali della funzione, secondo quanto spiegato *supra*, nel testo).

In proposito, per un'approfondita considerazione dell'istituto, si rimanda, nelle differenti declinazioni, a V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, III, 1, Torino, 2007, p. 1 ss.; A. DONDI, *Abuso del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Ann., III, Milano, 2010, p. 1 ss.; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, 1, Milano, 2008,

2.3 I rapporti tra le due tipologie di situazioni

La residualità delle situazioni definite come prettamente sostanziali, per come inerenti alla buona fede e alla correttezza, pone poi, a sua volta, in maniera particolare il loro rapporto con le situazioni di carattere procedurale, e la tutela ad esse rapportabile. Tale considerazione risulta piuttosto evidente nel confronto con l'impostazione che ad una situazione, prettamente sostanziale, di pretesa alla correttezza dell'azione amministrativa, riconduce invece l'intero rapporto tra privato ed Amministrazione, concernente l'esercizio del potere da parte di quest'ultima.

In proposito, può essere utile evidenziare come, secondo un certo orientamento, si sia ritenuto che il rapporto P.A.-privato/i potesse essere complessivamente ricondotto alla categoria degli obblighi di protezione, assumendo rilievo, nello specifico, come obbligazione senza prestazione⁶³. Rispetto a tale generale prospettazione, una particolare corrente dottrinale civilistica ha peraltro

p. 1 ss.; G. SPANGHER, *Abuso del processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 1 ss.; G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 582 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I-II, cit.; ID., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, cit., p. 249 ss.; ID., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, cit., p. 874 ss.; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004; G. NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, p. 9 ss.; ID., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; ID., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 445 ss.; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 117 ss.; M. MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 556 ss.; G. VERDE, *Abuso del (e nel) processo*, in ID., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, p. 117 ss.; C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'"abuso sanzionabile nel processo" e all'"abuso del diritto come argomento"*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284 ss.; i contributi contenuti ne *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno nazionale*, Bologna, 2012, in particolare di M. TARUFFO, F. CORDOPATRI, M.F. GHIRGA, G. VERDE e C. CONSOLO (corrispondenti ai contributi del 2012, eventualmente ampliati e modificati, cit. in questa stessa nota con riferimento a tali Aa.), nonché di G. SCARSELLI e F.P. LUISO; C. SANTORIELLO, *L'abuso del processo*, Pisa, 2018; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015; ID., *Buona fede e processo amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 151 ss.

⁶³ In questo senso, si è posta quella parte della dottrina, soprattutto di stampo civilistico, secondo cui, una volta risolti i rapporti tra P.A. e privato nella buona fede e nella correttezza, l'interesse legittimo, anche nel diritto pubblico (cfr. *supra*, par. 2, quanto detto con riferimento al diritto privato) si risolverebbe in una superfetazione, giacché sarebbe comunque possibile fare riferimento alla figura dell'obbligazione senza prestazione: si veda in particolare la ricostruzione, già richiamata, di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., p. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, cit., p. 1264 ss.; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 219 ss., spec. p. 237 ss.; ID., *La "civiltà" della pubblica amministrazione*, cit., p. 637 ss.

specificato che all'interesse del soggetto garantito da un obbligo di protezione non dovrebbe attribuirsi una valenza soltanto negativa, che, come tale, possa portare soltanto ad un'obbligazione risarcitoria, ma dovrebbe riconoscersene la consistenza di situazione giuridica dal contenuto sostanzialmente positivo, quale interesse al comportamento altrui conforme a correttezza⁶⁴; aggiungendosi che, per questa via, sia stata configurata, in capo al soggetto il cui interesse si confronta con l'esercizio di un potere amministrativo, una pretesa alla correttezza del comportamento, in cui devono essere inclusi sia il rispetto degli obblighi procedurali, sia il profilo attinente alla legittimità sostanziale dell'atto, rispetto alla quale sarebbe possibile rappresentare una corrispondente prestazione, tutelabile in forma specifica⁶⁵.

Nell'impostazione descritta, che, come detto, riconduce l'intera rilevanza dell'azione amministrativa alla dimensione prettamente sostanziale, il riferimento ad una prestazione avente ad oggetto la correttezza del comportamento comporta, dunque, una particolare valorizzazione del rilievo procedimentale dell'obbligo di buona fede, e quindi il suo apprezzamento sotto il profilo dinamico dell'azione. In questo senso, la pretesa ad essa corrispondente, e la relativa tutela, si verrebbe a porre in fisiologica tensione con il corretto svolgimento della sequenza procedimentale, ricongiungersi a quelle impostazioni, anch'esse di stampo prettamente sostanzialistico, che, sotto varie declinazioni, riconducono la correttezza dell'azione amministrativa ad un obbligo di prestazione, o comunque, distinguendo differenti ipotesi, ad un obbligo di prestazione a cui sono cor-

64 Cfr. in proposito C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., pp. 152 ss. e 282 ss.

La posizione tradizionale rispetto all'obbligazione senza prestazione è, infatti, quella per cui (cfr., oltre agli scritti di Castronovo di cui alla nota precedente, ad es. A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1232) all'obbligo non corrisponde, dal lato attivo del rapporto, una situazione giuridica soggettiva connotata da una pretesa (all'adempimento), cosicché l'obbligo risulta il presupposto di una fattispecie che consiste nella violazione dell'obbligo stesso, oltre che della causazione del danno da risarcire.

65 Si veda in particolare A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, 2018, pp. 284 ss., 305 e 355.

relati obblighi di protezione⁶⁶. È seguendo questa prospettiva, dunque, che il piano della validità può essere ascritto a quello della correttezza prettamente sostanzialistica, e, quindi, al canone della buona fede⁶⁷.

Ammissa o meno tale conclusione, questa, in ogni caso, non è ugualmente sostenibile nel momento in cui il rapporto di natura prettamente sostanziale non viene ritenuto ascrivere a sé l'intera gamma di situazioni che concernono l'esercizio del potere amministrativo, ma assume un ruolo soltanto residuale rispetto a quello attinente al piano procedurale, astratto e concreto (prettamente procedurale e a rilievo sostanziale). In quest'ultima prospettiva, infatti, la situazione prettamente sostanziale non potrebbe ottenere tutela in forma specifica senza venire a ricomprendere anche le situazioni di carattere procedurale, facendo riferimento alla validità della procedura. Il suo rilievo, conseguen-

66 Di cui si è già detto: cfr., in particolare, nel primo senso, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., p. 153 ss.; nel secondo senso, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 158 ss., rappresentata all'inizio della nostra trattazione.

67 In questo senso, va evidenziato, non vi è, nella nostra prospettiva, un problema di commistione tra norme di validità e norme di comportamento, atteso che, considerata la configurabilità di una relazione pretesa-obbligo avente come contenuto un atto precettivo (cfr. *supra*, parr. 1 e 2.1; *Potere*, I, cit., pp. 66 ss. e 178 ss.), l'invalidità si presta a costituire la reazione dell'ordinamento alla violazione dell'obbligo di esercizio o di non esercizio del potere, o della violazione delle norme di esercizio di tale situazione. Anche nel diritto civile, del resto, la mancanza di commistione tra norme di comportamento e norme di validità viene intesa semplicemente nel senso che solo l'inclusione di una specifica condotta in una norma che sancisce l'invalidità dell'atto potrebbe comportarne come conseguenza la nullità (o l'annullabilità), pena l'eccessiva intrusione nella sfera dell'autonomia privata (quindi, come necessaria tipicità delle cause di invalidità); cosicché l'invalidità del contratto per violazione della buona fede viene esclusa in ragione la necessità che la norma di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., sulla nullità del contratto per violazione di norme imperative, trovi riscontro in norme sufficientemente predeterminate, e non sia lasciato a clausole generali inerenti alla condotta di una delle parti. Il rilievo, correttamente sollevato da L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, cit. p. 219, per cui, non sussistendo una siffatta limitazione nel diritto amministrativo, non vi sarebbe in astratto un problema di reciproca esclusione delle due tipologie di norme, non è condivisibile, quindi, non in ragione di una sua erroneità intrinseca, ma perché, opinando nel senso descritto, si verrebbe necessariamente ad interpretare il canone generale della condotta amministrativa, e, con esso, il profilo della validità dell'atto, in un'ottica prettamente sostanzialistica, svalutandosi completamente il dato ricavabile dalla struttura normativa della funzione, secondo quanto ampiamente spiegato. In tale prospettiva, si deve concludere, dunque, che le norme di comportamento che non accedono ad un'ottica procedurale non incidono, per definizione, sul piano della validità dell'atto amministrativo, non potendo essere ascritte a norme sulla produzione, che solo attengono ad un modulo processuale di esercizio del potere; esse potranno rilevare, in via residuale, come norme di comportamento riferite ad un piano esterno rispetto alla funzione, e, quindi, all'atto, quale, cioè, fonte di responsabilità del soggetto.

temente, risulta idoneo ad esprimersi soltanto in relazione all'integrazione di un profilo risarcitorio.

3. Tipologia di situazioni giuridiche e distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. La qualificazione della situazione correlata alla buona fede

Un ulteriore rilievo che può essere effettuato, in ragione dell'individuazione di una categoria di situazioni prettamente sostanziali, è poi quello concernente lo specifico inquadramento della loro qualificazione, rispetto a quella delle situazioni giuridiche di carattere procedurale, nella distinzione che l'ordinamento pone tra diritti e interessi legittimi. Tale inquadramento, si aggiunge, possiede un'utilità generale, in quanto idoneo, come si vedrà, a fornire un criterio generale di distinzione tra tipologie di situazioni giuridiche soggettive.

Sul punto, va preliminarmente evidenziato come la differenziazione tra le situazioni ascrivibili alla categoria dei diritti soggettivi, e quelle relative alla categoria degli interessi legittimi, non possa avvenire in ragione di una presunta diversità in ordine alla declinazione del rapporto tra satisfabilità dell'interesse e posizione dell'Amministrazione. Tale impostazione, infatti, rischia di tradire (quantomeno in talune sue espressioni) il retaggio di una concezione che assumeva la funzionalizzazione del potere sotto il profilo eminentemente teleologico – la tutela, cioè, dell'interesse pubblico – ad elemento strutturale dell'interesse legittimo.

In questo senso, dunque, non può essere il carattere discrezionale o meno del potere ad individuare la giurisdizione, perché, sotto tale profilo, non è la discrezionalità ad individuare la sussistenza o meno del potere amministrativo⁶⁸. Di ciò del resto, si ha pieno riscontro nel diritto positivo, all'art. 31, co. 3,

⁶⁸ Individuato il potere come situazione giuridica che si pone in rapporto alla produzione di un effetto precettivo, si deve infatti ammettere che la norma che lo prevede non regola il rapporto riferibile a detto effetto, che solo dall'effetto stesso risulta regolato, risultando, prima della sua produzione (prima dell'adozione dell'atto) non attuale; la norma in questione regola, piuttosto, il differente rapporto riferibile alla modalità deontica di esercizio del potere e alla corrispondente figura di aspettativa deontica rispetto ad esso (ad es., obbligo-pretesa dell'effetto precettivo). L'atto, come tale, non integra allora semplicemente il fatto previsto dall'ipotesi normativa, ma, appunto in ragione del suo rilievo strutturale, è comunque la fonte (nei vari sensi

c.p.a., il quale, equiparando vincolatezza in astratto a discrezionalità esaurita ai fini della conoscibilità del giudice sulla fondatezza dell'istanza, assume implicitamente che il giudice amministrativo conosce di situazioni di potere di carattere vincolato. Né, ugualmente, a tale carattere può aggiungersi, per la configurazione o meno di un diritto, la finalità per cui il potere è stato conferito, quale volta o meno unicamente al soddisfacimento dell'interesse del privato⁶⁹, atteso che tale criterio, oltre ad essere del tutto incerto, costituisce il retaggio della tradizionale distinzione tra norme di azione e norme di relazione, in cui l'interesse legittimo appariva come situazione giuridica solo occasionalmente protetta.

La distinzione tra situazioni deve dunque seguire da altro criterio.

Ora, secondo quanto considerato nella nostra ricostruzione, può dirsi che il dato scriminante, al fine della considerazione del potere amministrativo, sia il piano strutturale sul quale la funzione viene a ricevere esplicazione, che

in cui si può intendere, a seconda delle differenti impostazioni sul meccanismo di produzione negoziale) della situazione effettuale che pone la regolamentazione del conflitto. Nel senso descritto, si esprimono per la tesi per cui il carattere vincolato dell'atto da parte della fattispecie normativa non esclude il potere, tra gli altri, F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 250, n. 43; ID., *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 28 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 64 ss.; G. GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977, pp. 59-60 e 67 ss. In senso contrario, E. CAPACCIOLI, *Riserva e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960, p. 156 ss.; ID., *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., p. 310; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, pp. 267-268 e 288 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1213 ss., p. 1239 ss.; ID., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 71; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, p. 37 ss., spec. p. 63 ss. Sia consentito in ogni caso rimandare, per una più compiuta trattazione e più ampi riferimenti, a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 73 ss.

⁶⁹ La giurisprudenza, infatti, ha utilizzato il criterio funzionalistico descritto nel testo al fine di affermare che, a fronte dell'attività vincolata della P.A., sia configurabile un diritto soggettivo, e sussista quindi la giurisdizione del giudice ordinario, solo laddove detta attività sia rivolta unicamente alla soddisfazione dell'interesse del privato (spec. prestazioni patrimoniali *ex lege*, iscrizioni ad albi professionali, ecc.): cfr. *ex multis* Cass., sez. un., n. 2994 dell'11 ottobre 1955, e n. 2864 del 25 ottobre 1960; Cons. St., ad. plen., n. 18 del 5 luglio 1999. In dottrina, tra gli altri, si vedano, spesso anche con rilievi critici in ordine alle difficoltà che sorgono nell'applicazione in concreto di un siffatto criterio, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, pp. 56-57 e 62-63; A. ZITO, M.R. SPASIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, pp. 77-78; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2010, p. 469 ss.; V. CERULLI IRELLI, A. CARBONE, *Lezioni di giustizia amministrativa*, I, Torino, 2023, p. 84 ss.

connota in questo senso le relative situazioni soggettive. Nell'ambito di tale piano si viene quindi a porre il legame della situazione del privato con il potere amministrativo.

In questi termini, la distinzione, a cui si sta facendo riferimento, andrebbe quindi ricondotta alla considerazione del rapporto con il potere nel suo riferimento all'ambito strutturale della funzione, per come idoneo, quest'ultimo, ad improntare le situazioni in questione al loro carattere procedurale, con quanto da ciò deriva. Essa muove, cioè, direttamente e unicamente dal rilievo assunto dal collegamento che si esplica tra la situazione del privato e il potere della P.A. su tale piano: è quindi, corrispondentemente, la declinazione del legame strutturale con la situazione di potere a delineare la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, per come riferita, detta declinazione, all'ascrizione del potere amministrativo all'ambito strutturale della funzione. Allo stesso modo, si deve anche articolare la problematica concernente la definizione del riparto di giurisdizione.

La distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, così rappresentata in via generale, si inserisce nell'ambito dei principi stabiliti dalla Corte costituzionale a partire dalle pronunce nn. 204/2004 e 191/2006. Seguendosi sul punto quanto da queste affermato, va considerato, infatti, come a determinare il riparto di giurisdizione sia, in via generale, il collegamento con il potere amministrativo⁷⁰, quale idoneo ad individuare una controversia di diritto pubblico⁷¹; poiché, però, l'indicazione costituzionale (art. 103, co. 1, Cost.) si mantiene tut-

70 In questo senso, appunto, Corte cost., n. 204 del 6 luglio 2004 e n. 191 dell'11 maggio 2006, per cui l'ambito della giurisdizione amministrativa concerne le controversie riconducibili all'esercizio di un potere amministrativo. Cfr. *infra*.

71 Si prende cioè in considerazione, in questo senso, la categoria di *controversia di diritto pubblico*, che ha il suo corrispettivo, sul piano sostanziale, nella nozione di *rapporto di diritto pubblico*, appunto avente ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo; tali controversie risultano generalmente ascritte alla giurisdizione del giudice amministrativo, salve le ipotesi in cui permane la giurisdizione del giudice ordinario: così V. CERULLI IRELLI, A. CARBONE, *Lezioni*, I, cit., p. 45 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, p. 115 ss.; ID., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 449 ss.; ID., *Costituzione e amministrazione*, Torino, 2022, pp. 115 ss., 139 ss. e 158 ss.

tora rivolta alle situazioni giuridiche (diritti soggettivi e interessi legittimi), il riferimento al potere, ancorché assuma ruolo fondante del riparto, deve essere assunto comunque in maniera indiretta, attraverso il riferimento alle relative situazioni giuridiche. Non a caso, si aggiunge, l'art. 7, co. 1, c.p.a., che recepisce le indicazioni sul punto della citata giurisprudenza costituzionale, collega comunque il riferimento al potere alle situazioni giuridiche soggettive in questione⁷².

Nella prospettiva descritta, si deve dunque ritenere che, alla luce di quanto considerato nella nostra ricostruzione, sopra brevemente riportata, sia la declinazione del legame strutturale con la situazione di potere a delineare la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, per come riferita, detta declinazione, all'ascrizione del potere amministrativo al relativo rapporto nell'ambito strutturale della funzione. Nello specifico, con il termine diritto devono quindi indicarsi quelle situazioni che, pur attenendo, in ipotesi, ad una vicenda coinvolgente il potere, non si pongono all'interno di un rapporto diretto con il suo esercizio, nei termini che si sono individuati; e interessi legittimi quelle che, al contrario, risultano ascrivibili strutturalmente al rapporto concernente l'esercizio di un potere amministrativo, per come esplicantesi nei termini della funzione.

Tanto premesso in via generale, può a questo punto rilevarsi come, sotto il profilo appena descritto, le situazioni procedurali, siano esse a rilievo sostanziale (procedurali in senso concreto) o prettamente procedurali (procedurali in senso astratto), ineriscono, in ragione del loro carattere appunto procedurale, direttamente alla funzione amministrativa, nel senso di porsi in rapporto con il potere, nei termini che si è avuto modo di spiegare, nell'ambito della struttura procedurale della funzione. Come tali, esse devono essere considerate ascrivibi-

⁷² Si può evidenziare, in proposito, come nell'art. 13 di una delle bozze preliminari del Codice, corrispondente all'attuale art. 7 c.p.a., l'indicazione delle tipologie di situazioni giuridiche era assente, ponendosi il riferimento direttamente al potere amministrativo e al suo esercizio; tuttavia, l'indicazione in questione è stata poi aggiunta, appunto al fine di conformarsi al dato costituzionale.

li alla categoria generale degli interessi legittimi, e quindi soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Le situazioni di tipo prettamente sostanziale, da noi concepite in relazione di residualità rispetto alle due precedenti tipologie, si collocano invece, per loro natura, come detto, su un piano esterno rispetto alla funzione (di qui, appunto, il loro carattere prettamente sostanziale), e su tale piano si pongono in correlazione con l'esercizio del potere. La relazione con il potere, cioè, non rileva (non può rilevare) in maniera autonoma e diretta, perché l'interesse in questione non concerne la protezione di una posizione procedimentale, per come concretamente (il conseguimento del provvedimento favorevole), oppure astrattamente (le facoltà e pretese riferite al piano astratto di esplicazione della funzione) considerata. In questo senso, le situazioni in questione, non rientrando nella dimensione della funzione, sarebbero allora ascrivibili alla categoria propria dei diritti soggettivi.

Tale distinzione assume peraltro, come anticipato, carattere più generale, che prescinde dalle sole situazioni inerenti la buona fede, oggetto del presente contributo. Sotto questo profilo, può dirsi, infatti, che si sia al cospetto di un diritto soggettivo *ogniqualevolta non sia individuabile o non risulti autonomamente rilevante come tale* la relazione strumentale (nei termini di pretesa) tra l'interesse del privato rispetto ad una norma formale o sostanziale sulla produzione e l'esercizio della situazione di potere normativamente ascrivibile all'Amministrazione, anche qualora l'interesse stesso faccia comunque riferimento ad una vicenda riferibile ad un potere amministrativo.

3.1 (segue) Riparto di giurisdizione

Nelle ipotesi di situazioni prettamente sostanziali, in ragione della loro considerazione quali diritti soggettivi, la giurisdizione dovrebbe risultare, conseguentemente, secondo la regola generale, quella del giudice ordinario.

Sotto tale profilo, si deve però anche considerare come le situazioni a cui si sta facendo riferimento, nei termini in cui si è appena avuto modo di descri-

verle, si situino comunque nell'ambito di una vicenda nella quale la P.A. agisce attraverso l'utilizzo di una situazione giuridica di potere amministrativo. Ne consegue che la relativa controversia deve essere conosciuta dal giudice amministrativo, ogniqualvolta, in relazione al singolo caso che viene in questione, si rientri in una delle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva.

Seguendosi la declinazione del criterio di riparto affermata dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, si rientrerebbe, in tale ipotesi, in una situazione che non si iscrive nel diretto rapporto con l'esercizio del potere, nei termini strutturali della funzione (ciò che qualificherebbe la situazione giuridica nei termini di un interesse legittimo), ma è comunque mediatamente riconducibile ad esso (e, come tale, si delinea quale diritto soggettivo assoggettabile, appunto, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo). Si sarebbe cioè al cospetto, nei termini definiti dalla Corte costituzionale, comunque di una controversia di diritto pubblico.

A nostro avviso, dunque, in questo senso andrebbero interpretati i principi sanciti da Corte cost., sentt. nn. 204/2004 e 191/2006, per come recepiti dall'art. 7, co. 1, c.p.a., per cui risultano devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche Amministrazioni: in tale prospettiva, l'interesse legittimo è, cioè, la situazione giuridica a carattere procedurale, astratto o concreto, che inerisce direttamente al rapporto P.A.-privato comportante l'esercizio del potere nei termini della funzione, nel senso chiarito; il diritto soggettivo assoggettabile alla giurisdizione esclusiva è, invece, quella situazione giuridica che, pur non ponendosi all'interno di detto rapporto, è all'esercizio del potere collegata, nei termini in ogni caso esterni alla funzione, in via mediata.

Si è ovviamente consapevoli che, a livello giurisprudenziale, il criterio di riparto di giurisdizione non trova un preciso riscontro in quanto detto, né, in via generale, una pacifica modalità di applicazione, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva. Per lo più, la giurisprudenza amministrativa e quella delle Sezioni unite tendono, infatti, ad adottare un approccio casistico, con risultati anche molto differenti tra loro, e più estensivi o più restrittivi, in relazione alle singole materie⁷³.

Il meccanismo attraverso il quale viene sancita l'appartenenza di una controversia all'uno o all'altro plesso giurisdizionale dovrebbe, invece, logicamente articolarsi in questo senso. In primo luogo, va valutato se la situazione risulta ascrivibile al canone strutturale della funzione, e sia conseguentemente qualificabile quale interesse legittimo, nei termini anzidetti. In caso di risposta negativa, va considerato se la controversia sia ricompresa in una delle materie di giurisdizione esclusiva. In tale ipotesi, va quindi determinato se la configurazione della situazione giuridica del privato come diritto soggettivo si ponga comunque in collegamento ad una vicenda ove l'Amministrazione si esprime attraverso l'esercizio del potere, in ragione dei motivi che si sono rappresentati.

La giurisprudenza, soprattutto ordinaria, prescindendo essenzialmente da una siffatta analisi, e assestandosi su un approccio maggiormente sintetico, si pone allora in una posizione che tende a svalutare il (residuo) ruolo della giurisdizione esclusiva nel sistema attuale, quello, cioè, di completamento di un sistema incentrato sulle controversie di diritto pubblico⁷⁴. Tale forma di giurisdizione costituirebbe, infatti, la modalità attraverso la quale le situazioni di diritto anzidette, mediatamente collegate con l'esercizio del potere, possono essere ascritte alla giurisdizione del giudice amministrativo, così appunto più precisa-

⁷³ Sul punto, sia consentito rimandare, per un'ampia rappresentazione casistica, ad A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, p. 47 ss.

⁷⁴ Cfr. in proposito, i riferimenti di cui *supra*, n. 71. Si veda anche *Potere e situazioni soggettive*, II-1, cit., p. 36, n. 10.

mente delineando il concetto di controversia di diritto pubblico quale oggetto della giurisdizione amministrativa⁷⁵.

Nei termini descritti, si assiste così, in relazione all'ipotesi che qui interessa, cioè al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento, ad indirizzi giurisprudenziali tutt'altro che univoci.

In particolare, per quanto concerne la giurisprudenza amministrativa, questa ha assunto in proposito posizioni differenti. Si è infatti registrata, in un primo senso, la considerazione di una responsabilità da comportamento scorretto, che inciderebbe non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, senza da ciò farsi però scaturire l'esclusione all'assoggettamento alla giurisdizione amministrativa esclusiva⁷⁶. Da ultimo, tuttavia, si è portata avanti una diversa posizione, ricomprendendosi le controversie in questione nella giurisdizione generale del giudice amministrativo, in forza dell'assunto per cui l'affidamento non sarebbe una posizione in sé autonoma, ma potrebbe anche riferirsi ad una situazione del privato di interesse legittimo⁷⁷.

La giurisprudenza assolutamente prevalente della Cassazione si è posta, invece, nella prospettiva per cui, nell'evenienza in esame, si sarebbe al cospetto di un diritto soggettivo, concernente canoni comportamentali di diritto comune, la cui cognizione sarebbe, conseguentemente, sottratta comunque alla giurisdizione del giudice amministrativo, anche in sede di giurisdizione esclusiva⁷⁸.

⁷⁵ Ancorché tale ascrizione, si tenga presente, non debba considerarsi costituzionalmente imposta al legislatore: in questo senso, Corte cost., sent. n. 377 del 17 novembre 2008; n. 414 del 18 dicembre 2001.

⁷⁶ In questi termini, Cons. St., ad. plen., n. 5/2018, cit. *supra*, in nota, con i relativi commenti.

⁷⁷ In questo senso, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 20 del 29 novembre 2021, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 663 ss., con note di E. ZAMPETTI, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, e di V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*. Sulla sentenza, si veda anche, in chiave critica, N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *Pers. amm.*, 2022, p. 105 ss.

⁷⁸ Cfr., in particolare, Cass., sez. un., ord. n. 1567 del 19 gennaio 2023; n. 8236 del 28 aprile 2020, con nota di G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche*, in *Giustizainsieme.it*, 2020; n. 17586 del 4 settembre 2015, con nota di G.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir.*

Ora, rispetto a tale variegato scenario, la nostra impostazione ha il pregio di fornire un più specifico fondamento alla soluzione secondo cui si sarebbe al cospetto, nell'ipotesi in questione, di un diritto soggettivo, ma assoggettabile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Detta soluzione si giustificherebbe, infatti, direttamente sul rilievo strutturale delle situazioni giuridiche rispetto alla funzione, quale idoneo a consentire una precipua applicazione, sul punto, dei criteri sanciti dalla giurisprudenza costituzionale in ordine al riparto di giurisdizione.

4. Considerazioni sulla responsabilità amministrativa. La situazione giuridica risarcitoria quale situazione prettamente sostanziale

La considerazione di ordine generale, che si è effettuata in ordine alle situazioni prettamente sostanziali, consente anche un preciso inquadramento della problematica inerente alla responsabilità amministrativa, in sé considerata, quale violazione della funzione, nonché per come derivante dalla violazione della buona fede, nei termini da noi concepiti. Si può quindi passare, a questo punto, all'esame di tale ulteriore profilo della nostra trattazione.

A tal proposito, non serve ricordare come la questione concernente il risarcimento del danno derivante dall'esercizio del potere amministrativo sia ancora oggetto di ampie discussioni, e non abbia trovato una condivisa definizione, né per quanto concerne la natura della responsabilità – se contrattuale o extracontrattuale, o comunque inerente ad un *tertium genus* variamente individuato – né in relazione alla determinazione dei singoli caratteri ad essa relativi, derivando, questi ultimi, essenzialmente dalla natura della responsabilità che si prende in considerazione⁷⁹. Soltanto sotto il profilo processuale possono ricavarsi talune indicazioni, essendo stata stabilita dal Codice l'autonomia dell'azio-

proc. amm., 2016, p. 564 ss.; nn. 6594, 6595 e 6596 del 23 aprile 2011, con nota di A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2398 ss.

⁷⁹ Dalla differente natura della responsabilità, non serve neppure ricordarlo, consegue infatti una differente disciplina del danno risarcibile, concernente la presunzione o meno della colpa del debitore, l'automaticità o meno della mora, la risarcibilità o meno del danno non prevedibile, ecc., in ragione delle discipline, rispettivamente, di cui agli artt. 1218 ss. e 2043 ss. c.c.

ne risarcitoria: gli artt. 30, co. 1, e 34, co. 2, seconda parte, c.p.a., mettendo fine alle annose dispute sulla questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, non richiedono, infatti, l'esperimento, per conoscere della legittimità dell'atto impugnato, anche dell'azione di annullamento⁸⁰; la proposizione autonoma dell'azione risarcitoria comporta soltanto la conseguenza (invero, non di poco conto) dell'eventuale riduzione del danno risarcibile, se esso, o parte di esso, si sarebbe potuto evitare sperando gli appositi mezzi giurisdizionali di tutela in forma specifica⁸¹. Talaltre previsioni, che pure possono ricavarsi dal disposto normati-

80 Sulla questione concernente la pregiudiziale amministrativa, e sulla cognizione in ordine all'illegittimità dell'atto, prima del Codice, si può rimandare, senza alcuna pretesa di completezza, ad A. TRAVI, *Nota a Cass., sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2073 ss.; G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 963 ss.; G.D. COMPORI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, *ivi*, 2005, p. 280 ss.; M. ALLENA, *La pregiudiziale amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, *ivi*, 2006, p. 205 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: giurisdizione e pregiudizialità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1100 ss.; V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, spec. pp. 1 ss., 163 ss. e 219 ss.; F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2007, spec. p. 223 ss.; R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, IV, Padova, 2007, p. 469 ss.; A. GIANNELLI, *Responsabilità della pubblica amministrazione. a) Profili processuali*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 827 ss.; nonché, se si vuole, A. CARBONE, *Pregiudiziale amministrativa e risarcimento del danno*, in *Giustamm.it*, 2009; *ivi* riferimenti ulteriori, dottrinali e giurisprudenziali.

81 Più nello specifico, l'art. 30, co. 3, c.p.a., stabilisce che la proposizione in via autonoma dell'azione risarcitoria è sottoposta ad un termine decadenziale di centoventi giorni, e, nel determinare il risarcimento, il giudice deve comunque escludere il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti, per mezzo dei quali si può appunto ottenere la tutela in forma specifica della medesima situazione soggettiva. È noto come tale previsione, per il suo tenore, sia stata considerata quale introduzione di una 'pregiudiziale mascherata', che solo formalmente avrebbe superato la necessità del previo annullamento dell'atto, ma in realtà avrebbe fatto divenire l'azione risarcitoria proposta in via autonoma poco più che un caso di scuola: in questo senso, ad es., M. CLARICH, *Azione di annullamento*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., p. 270; in senso contrario, a favore della soluzione codicistica, si può vedere invece R. CHIEPPA, *Azione di condanna*, *ivi*, p. 292 ss.

La giurisprudenza amministrativa, ad ogni modo, ha avuto modo di giustificare la potenziale riduzione del risarcimento, facendo riferimento al principio del divieto di abuso del processo: cfr. Cons. St., ad. plen., n. 3 del 23 marzo 2011. Mentre, in ordine al breve termine di decadenza, la Corte costituzionale si è pronunciata per la sua compatibilità con la Costituzione, affermando, con sent. n. 94 del 4 maggio 2017, che la relativa previsione costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento, con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria.

vo complessivo (art. 30, co. 2 e 4, c.p.a., in generale; art. 2 *bis*, l. n. 241/1990, sulla violazione dell'obbligo di provvedere nel termine), si esprimono, invero, in termini di danno ingiusto e condotta colpevole dell'Amministrazione; ma non vengono repute, o quantomeno non da tutti, indice automatico della regolamentazione extracontrattuale della responsabilità amministrativa⁸².

Sul punto, la questione dei caratteri della responsabilità si è venuta a porre, nei termini che in questa sede interessano, a partire dalla stessa sentenza Cass., sez. un., n. 500 del 22 luglio 1999, la quale, nel riconoscere la risarcibilità degli interessi legittimi, aveva affermato la natura extracontrattuale della responsabilità dell'Amministrazione⁸³.

L'elaborazione successiva, tuttavia, ha portato a posizioni differenti, da parte di coloro che hanno ritenuto di dover inquadrare il rapporto tra Amministrazione e privato, e le situazioni ad esso ascritte, come concernenti, in varie declinazioni, un'obbligazione (al limite, senza prestazione), facendo da ciò conseguire la natura contrattuale della responsabilità⁸⁴. Minoritaria, invece, si è pre-

Nella nostra impostazione, come si avrà modo di spiegare, la declinazione dell'azione risarcitoria, e le limitazioni appena rappresentate, trovano la loro giustificazione nella caratterizzazione del rapporto tra situazioni di carattere procedurale e risarcimento del danno, che connota in maniera conseguente il relativo regime della responsabilità: cfr. *infra*, par. 4.1, nel testo e alla n. 113.

⁸² In senso contrario, ad es., L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2024, p. 241.

⁸³ La sent. Cass., sez. un., n. 500 del 22 luglio 1999, non serve ricordarlo, ha infatti sancito la risarcibilità degli interessi legittimi facendo rientrare la loro lesione nella fattispecie della responsabilità aquiliana, ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, e quindi interpretando l'art. 2043 c.c. come clausola generale (su tale profilo cfr. subito *infra*, nel testo e in nota).

⁸⁴ La natura in generale contrattuale (da inadempimento di un'obbligazione) della responsabilità amministrativa è stata sostenuta in particolare dagli esponenti della Scuola fiorentina (cfr. *supra*, par. 1, nel testo e in nota, ed ivi i relativi riferimenti), e ha trovato riscontro in generale anche tra i civilisti: cfr. ad es. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., p. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera*, cit., p. 1264 ss.; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 237 ss.; ID., *La "civiltizzazione" della pubblica amministrazione*, cit., 2013, p. 637 ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico*, cit., p. 1214 ss.; A. IULIANI, *Obblighi strumentali*, cit., p. 305 ss.; *contra*, per la considerazione aquiliana della responsabilità amministrativa da provvedimento illegittimo, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 543 ss. Nella restante parte della dottrina amministrativistica, propendono nel medesimo senso di responsabilità da inadempimento, nelle diverse specificazioni: G.D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, spec. p. 49 ss.; M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, p. 189 ss.; M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006, p. 1 ss., la quale, su tale base, individua l'ambito residuo di responsabili-

sentata l'impostazione che ha fatto riferimento ad un terzo genere di responsabilità, differente da entrambe⁸⁵.

La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, si è caratterizzata, essenzialmente, per l'adesione alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità da esercizio del potere amministrativo, ancorché vengano poi, in taluni casi, accolte deroghe alla relativa disciplina in senso contrattualistico⁸⁶. In questo senso, da ultimo, Cons. St., ad. plen., n. 7 del 23 aprile 2021⁸⁷, ha ribadito la natura extracontrattuale della responsabilità della P.A., ritenendo che, anche se il modello attuale dell'Amministrazione è incentrato nell'ottica della prestazione, permarrebbe una posizione di supremazia in capo alla P.A., che non consentirebbe di inquadrare il rapporto con il privato in una categoria assimilabile all'obbligo contrattuale⁸⁸.

tà aquiliana della P.A.; come responsabilità da contatto M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.*, 2000, p. 993 ss.; successivamente, come responsabilità da rapporto, ammettendone la peculiarità rispetto a quella delle obbligazioni civilistiche, ID., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, p. 203 ss.; come responsabilità di tipo del tutto peculiare, ma che assume una natura di tipo quantomeno *latu sensu* contrattuale D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, p. 262 ss.; con riferimento alle situazioni procedimentali, M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss.; ID., *Responsabilità della pubblica amministrazione. a) Profili sostanziali*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 813 ss.

⁸⁵ Come forma di responsabilità che comunque si discosta da quella dell'illecito aquiliano, e che si innesta in una dimensione pubblicistica, si veda A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, p. 162 ss. Si vedano anche M. PROTTO, *Il rapporto*, loc. ult. cit.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, loc. ult. cit., nelle sfumature riferite alla nota precedente.

⁸⁶ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. III, n. 4857 del 10 luglio 2019; sez. II, n. 3318 del 25 maggio 2020.

⁸⁷ Su cui si vedano le note di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 143 ss. (di cui si veda anche la nota all'ordinanza di rimessione, ID., *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021); E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

⁸⁸ L'Ad. plen. n. 7/2021 ha infatti ritenuto che anche in un'organizzazione dei pubblici poteri improntata al buon andamento, in cui si afferma il modello dell'amministrazione 'di prestazione', la P.A. manterrebbe rispetto al privato la posizione di supremazia necessaria a perseguire i fini determinati dalla legge, con atti di carattere autoritativo in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato. In questo senso, continua la stessa Plenaria, il rapporto amministrativo contraddistinto da una asimmetria delle posizioni, quale connotato del sistema pubblicistico, non consentirebbe all'Amministrazione di poter essere assimilata al debitore obbligato per contratto ad adempiere in modo esatto nei confronti del privato.

A tale questione viene accompagnata la problematica di individuare quale sia la situazione lesa a cui collegare il risarcimento, se essa, cioè, possa porsi come rivolta all'utilità finale ovvero soltanto ad un'utilità strumentale⁸⁹, nonché se debba distinguersi, in proposito, l'utilità sostanziale da quelle procedimentali, da mantenersi su un piano astratto⁹⁰. L'ottica della sentenza Cass., n. 500/1990 poneva le basi, anche se solo implicitamente, per configurare l'interesse legittimo quale pretesa all'utilità finale, pur mantenendo, invero, separata la seconda

89 Nei termini già ampiamente richiamati nel corso della trattazione, e su cui si veda anche di seguito, alle note successive.

90 La questione, in questo senso, è quella riferibile alla possibile alternativa tra la risarcibilità della sola lesione di un interesse consistente nel perseguimento di un'utilità sostanziale (finale o strumentale), e l'ammissibilità, invece, del risarcimento dei danni anche per la violazione di situazione giuridiche procedimentali (in proposito, rispetto a quanto si rappresenterà subito di seguito, cfr., per più ampi approfondimenti e riferimenti, *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., p. 11 ss., ed ivi in particolare, oltre a quelli qui citati, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 245 ss. e 303 ss.; nonché ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 19 ss.).

Nella prospettiva descritta, in particolare, la configurabilità di una situazione procedimentale, autonomamente risarcibile, è ciò che ha caratterizzato quel generale filone dottrinale per cui gli interessi procedimentali, o comunque quelli partecipativi, avrebbero natura di situazioni autonome (sovente qualificate come diritti soggettivi) che, se violate, darebbero luogo al risarcimento dei danni, indipendentemente dalla attitudine della garanzia partecipativa ad incidere sull'assetto sostanziale degli interessi, la quale riguarderebbe invece una diversa situazione di interesse legittimo tutelata attraverso l'annullamento dell'atto: in questo senso, nelle differenti declinazioni, si esprimono A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 984 ss.; ID., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 74 ss.; ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 291 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 27 ss., in relazione all'interesse al rispetto del termine di conclusione del procedimento a fronte di una posizione del privato di carattere pretensivo; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 133 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedimentali*, cit., p. 557 ss.; ID., *Responsabilità*, cit., p. 813 ss., che mette in luce come i diritti procedimentali si pongano a fronte di corrispondenti obblighi procedimentali in capo alla P.A., la cui violazione, secondo quanto già avvertito, darebbe luogo al risarcimento del danno per responsabilità contrattuale; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, p. 75 ss.

Nello specifico, per quanto concerne l'impostazione della Scuola fiorentina, e in particolare in L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 637 ss., 654 ss. e 669 ss., facendosi riferimento ad un'utilità strumentale (la *chance* legale del risultato favorevole) quale contenuto della pretesa sostanziale, la posizione si pone nel senso per cui, in caso di violazione di una norma del procedimento, se vi è incertezza sul risultato, l'incertezza stessa si ritiene insita nella possibilità normativa propria dell'interesse legittimo, per cui il danno deriverebbe comunque dalla lesione dell'interesse legittimo; se invece non sussiste proprio la possibilità normativa del risultato favorevole (manca l'interesse legittimo), o se la violazione procedimentale non ha influito sul risultato, comunque legittimo (l'interesse legittimo è soddisfatto), il danno è da mera violazione procedimentale, e, in ordine ad essa, si ritiene, si potrebbe fare ricorso alla categoria degli obblighi di protezione senza prestazione, per fondarvi autonomi diritti procedimentali risarcibili.

dal primo, e ascrivendo la natura della responsabilità a quella extracontrattuale⁹¹. La responsabilità contrattuale, dal canto suo, è stata invece utilizzata in particolare modo, ancorché non esclusivamente, da chi ha fatto riferimento ad una situazione creditizia rivolta ad un'utilità strumentale⁹². La generale configurazione della responsabilità extracontrattuale, poi, viene richiamata, quantomeno in giurisprudenza, o per tentare di evitare le possibili conseguenze della configurazione di un rapporto strutturato nel senso appena descritto, che pur di fatto si

Nella nostra ricostruzione, lo si è ricordato *supra*, par. 2.1, la considerazione procedurale delle situazioni rende autonomamente considerabili situazioni prettamente procedurali, di carattere astratto, come separate dalla situazione di pretesa all'utilità sostanziale (la produzione/non produzione dell'effetto), e comunque risarcibili in caso di lesione: si veda quanto si dirà di seguito, al par. successivo, nel testo e in nota; nonché, ampiamente, *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., p. 18 ss.

91 Cass., sez. un., n. 500/1999, cit., ha infatti affermato che, per accordare il risarcimento, da ascrivere alla responsabilità di tipo aquiliano, non fosse sufficiente la mera illegittimità dell'atto, ma dovesse riscontrarsi, nell'ipotesi di interessi legittimi di carattere pretensivo, anche la lesione dell'interesse al bene della vita del soggetto che lamenta il danno, attraverso un giudizio prognostico compiuto da parte del giudice. In questo modo, si è venuto nella sostanza ad individuare una situazione soggettiva, ulteriore rispetto all'interesse legittimo, rapportata direttamente al bene della vita; rispetto a quest'ultimo, era stata di fatto configurata la tutela risarcitoria. Sul punto, si veda, tra gli altri, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 521 ss., p. 551, ove si afferma che quel che dalla Cassazione viene denominato giudizio prognostico in realtà non sarebbe altro che un giudizio inteso a definire esattamente l'effettivo contenuto giuridico della situazione soggettiva lesa, previo esaurimento della scelta discrezionale da parte della stessa Amministrazione (pp. 579-580).

Il riferimento al bene della vita, che nella pronuncia in questione ha trovato riscontro nell'ammissione della tutela risarcitoria, è ciò che, in effetti, a partire dagli anni successivi alla stessa sent. n. 500/1999, e pur nella generale critica dell'impianto ricostruttivo di quest'ultima, ha portato ad evocare una logica di 'spettanza', e/o a configurare, invero in vario modo, l'interesse legittimo, o, comunque, una situazione altra, diversa dal primo, come pretesa ad un'utilità finale: cfr., nelle varie declinazioni, in particolare G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 ss., spec. pp. 298 ss. e 315 ss.; ID., *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 241 ss., spec. pp. 245 ss. e 252 ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., spec. p. 170 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Milano, 2001, p. 261 ss. In precedenza, si veda comunque G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 481 ss.; poi ripresa in ID., *Dal dilemma diritto-soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 483 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, *ivi*, p. 585 ss.; ID., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggetti della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, 2017, p. 27 ss. Sul punto, per approfondimenti, cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 259 ss. e 291 ss.

La considerazione di quanto sostenuto dalla sent. n. 500/1999 ai fini della ricostruzione della situazione soggettiva, ad ogni modo, non ha comportato in ogni caso anche l'adesione alla tesi della responsabilità extra-contrattuale, dalla stessa portata avanti, assistendosi in proposito a differenti posizioni: così, ad es., in senso positivo, G. FALCON, *La responsabilità*, cit., p. 256 ss.;

ammette⁹³; ovvero per mantenere espressamente una considerazione asimmetrica del rapporto amministrativo, la quale rappresenta, tuttavia, come già ricordato all'inizio della nostra trattazione, un retaggio della tradizionale funzionalizzazione della situazione giuridica del privato, l'interesse legittimo, alla tutela dell'interesse pubblico⁹⁴.

Ora, rispetto a tale scenario, può evidenziarsi come la ricostruzione da noi effettuata, in ordine alle situazioni giuridiche che si pongono in relazione al potere amministrativo, consenta anche uno specifico inquadramento della responsabilità amministrativa, differente da quello appena descritto, e in grado di spostare la questione su un profilo ulteriore di rilevanza rispetto alla classica dicotomia responsabilità contrattuale-responsabilità extracontrattuale.

In proposito, si deve partire dalla considerazione per cui risulta di molto mutata, negli ultimi decenni, la distinzione tra forme di responsabilità, la quale, nella sua originaria prospettazione, vedeva la responsabilità c.d. contrattuale quale tradizionale modalità per sopperire in via diretta all'inadempimento di un'obbligazione, mentre considerava quella extra-contrattuale quale rivolta a dare rilievo ad una lesione di un diritto preesistente, non ascrivibile ad un rapporto obbligatorio. Si è infatti assistito, in questo senso, ad una ridefinizione

in senso negativo, invece, D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., p. 262 ss.

92 La tesi, lo si è visto, della Scuola fiorentina: cfr. *supra*, par. 1, ed ivi, in nota, i relativi riferimenti, tra cui in particolare L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 637 ss. Non mancano comunque autori che, nel concepire una situazione corrispondente ad un'utilità finale, rapportano la relativa responsabilità a quella di natura contrattuale: si è già richiamato in questo senso D. VAIANO, *Pretesa*, loc. ult. cit., che considera la responsabilità della P.A. quale comunque peculiare, ma quantomeno *latu sensu* contrattuale. Si intende, poi, che, non ritenendosi configurabile una prestazione, il medesimo schema è quello che è stato adottato dall'obbligazione senza prestazione: cfr. *supra*, par. 1.

93 Si può notare, ad es., come Cons. St., ad. plen., n. 5 del 4 maggio 2018, di cui cfr. *supra*, n. 42, i relativi commenti, nell'ammettere la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, anche con riferimento alla condotta precedente all'aggiudicazione del contratto, ha precisato come rimanesse da discutere se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., o diventi l'oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal contatto sociale qualificato.

94 Così l'Ad. plen., n. 7/2021, riportata subito sopra, in nota. Cfr. quanto detto in generale *supra*, par. 1.

della distinzione in questione in termini meno antitetici, e ad un conseguente riavvicinamento dei corrispondenti statuti della responsabilità, sotto un profilo soggettivo e oggettivo⁹⁵.

Così, in particolare, dal lato della responsabilità aquiliana, si è registrato un progressivo riconoscimento della risarcibilità *ex art.* 2043 c.c. a fronte della lesione di qualsiasi interesse rilevante (non limitata, in questo senso, ai diritti assoluti), e, dunque, di un qualsiasi profilo relazionale giuridicamente protetto. Conseguentemente, si è pervenuti ad un ridimensionato del ruolo dell'illecito e della colpa, in favore di una maggiore flessibilità nei criteri di imputazione, che risultassero più adatti ad una concezione maggiormente aperta della considerazione della lesione risarcibile⁹⁶.

95 Per l'orientamento volto a mettere in dubbio, o quantomeno ridimensionare, la bipartizione in questione, cfr., nelle differenti declinazioni, U. MAJELLO, *Responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale*, in M. COMPORI, G. SCALFI (a cura di) *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 77 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana*, in V. BUONOCORE, U. MAJELLO (a cura di), *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, Napoli, 1975, p. 7 ss.; G. SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi*, in *Resp. civ. prev.*, 1977 p. 723 ss.; F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, *ivi*, p. 748 ss.; ID., *La responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa vista con gli occhi del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 542 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1077 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 1 ss.

96 In proposito, in termini del tutto generali, può ricordarsi come la responsabilità extracontrattuale, nella sua tradizionale concezione, porti con sé il primato della colpa e dell'illecito, per come collegato alla tipicità dei beni protetti; di qui, il carattere secondario o sanzionatorio della responsabilità, che implica una tutela subordinata alla violazione di diritti preesistenti, quali si darebbe solo in presenza di diritti soggettivi assoluti; di qui, ancora, la contrapposizione con la responsabilità contrattuale, che all'interno delle logiche dell'obbligazione, si rivolgerebbe, nell'impostazione tradizionale, direttamente alla sostituzione della prestazione inadempita. L'evoluzione successiva dell'ordinamento ha però comportato la necessità di canoni meno rigidi di tutela, possibili solo considerando una struttura aperta dell'illecito aquiliano e un'atipicità dei beni protetti, con una molteplicità di criteri di collegamento (e con conseguente svalutazione della stessa centralità del requisito della colpa), per come adatti alle specifiche esigenze di solidarietà sociale (si veda, per questa prospettiva, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 79 ss.; cfr., in precedenza, anche R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 171 ss.). In questo modo, si verrebbe a sancire il carattere primario della responsabilità aquiliana, idonea, come tale, a conferire rilevanza a beni e interessi non previamente considerati, o comunque non adeguatamente soggettivizzati, da parte dell'ordinamento giuridico. Il valore di clausola generale, che per tale via l'art. 2043 c.c. assumerebbe, si presenterebbe così idoneo, se portato alle sue estreme conseguenze, a rendere ammissibile la risarcibilità di qualsiasi diminuzione patrimoniale che il giudice riconosca *non iure*, anche se non qualificata *contra ius*, dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva previamente riconosciu-

Sul fronte, invece, della responsabilità contrattuale, si è iniziato a mettere in discussione la sua funzione in termini meramente sostitutivi all'adempimento, per accedersi ad una concezione di essa in senso riparatorio, così facendosi corrispondere il danno non al valore in sé della prestazione inadempita, ma all'eliminazione delle conseguenze dannose dell'inadempimento. Ci si è potuti avvicinare, in tal modo, alla responsabilità aquiliana quanto a funzione, e a conseguente considerazione del relativo statuto (come detto, peraltro nel frattempo ammorbiditosi), in particolare in ordine al danno e alla generale considerazione colpevole della condotta⁹⁷.

ta come tale dall'ordinamento (c.d. danno meramente patrimoniale). La giurisprudenza ha avuto modo di rendersi partecipe dell'evoluzione descritta: in un primo momento, reputando risarcibile anche il danno da lesione di un diritto di credito (Cass., sez. un., n. 174 del 2 gennaio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, cc. 342 ss.); successivamente, adottando l'espedito della lesione di una situazione giuridica appositamente elaborata, di carattere omnicomprensivo, e non altrimenti qualificata, quale il diritto all'integrità patrimoniale (Cass., sez. III, n. 2765 del 4 maggio 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745 ss.; sez. un., n. 4755 del 25 luglio 1986, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 386 ss.); e, infine, facendo espresso riferimento alla clausola generale (Cass., sez. un., n. 500 del 22 luglio 1999, già ricordata in ordine alla risarcibilità degli interessi legittimi). In dottrina, la ricostruzione in esame non è esente da critiche; ma va evidenziato, in proposito, come anche chi ha ritenuto di non poter aderire alla tesi della clausola generale (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 99 ss. e 129 ss.), ha comunque sostenuto che l'integrazione del requisito *contra ius* possa ricercarsi anche al di fuori della lesione di una situazione qualificata dall'ordinamento come diritto soggettivo, opponendosi unicamente alla risarcibilità del danno meramente patrimoniale. In tale prospettiva, è stato possibile, allora, svalutare la stessa contrapposizione tra la considerazione dell'art. 2043 c.c. come norma primaria e la sua considerazione come norma secondaria, assumendosi la commistione tra le due funzioni (cfr., nella sua particolare declinazione, M. BARCELLONA, *Trattato sulla responsabilità civile*, cit., pp. 37 ss. e 221 ss.).

97 Rispetto a quanto detto alla nota precedente, la responsabilità contrattuale ha infatti conosciuto un'evoluzione che, seguendo una strada convergente, sull'opposto versante, rispetto a quella subito sopra descritta in ordine alla responsabilità extracontrattuale, è giunta, per tale via, ad un suo avvicinamento a quest'ultima forma di responsabilità. La logica tradizionale del danno da inadempimento era, infatti, lo si è ricordato, quella di porsi in chiave essenzialmente sostitutiva all'inadempimento stesso, in funzione, cioè, della mancata attuazione del rapporto obbligatorio, di modo da far conseguire al creditore la medesima utilità della prestazione inadempita. Successivamente, tuttavia, tale ricostruzione è stata messa in discussione, e si è incominciato a concepire la responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. quale avente funzione di carattere riparatorio. Questa, quindi, al pari di quanto avviene nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, dovrebbe consistere nella reazione avverso il pregiudizio effettivamente prodottosi: conseguentemente, opinandosi in questo senso, il danno viene a farsi corrispondere non, in sé, al valore della prestazione inadempita, ma all'eliminazione delle conseguenze dannose che dall'inadempimento derivano per il creditore; e viene rivalutata, tra l'altro, la generale considerazione della condotta sotto il profilo della colpevolezza, seppur, nelle sue effettive conseguenze, compatibilmente con la disciplina di cui all'art. 1218 c.c.; da ciò deriva, inoltre, la separazione della tutela risarcitoria da quella propriamente rivolta all'adempimento in forma specifica

Non è estranea, alla tendenziale commistione descritta, neppure la questione inerente all'ascrivibilità alla responsabilità contrattuale di relazioni a cui, pur al di fuori di un rapporto obbligatorio per come tradizionalmente definito, si conferisce specifica rilevanza in questo senso (gli obblighi di protezione derivanti da un contatto sociale qualificato). L'impostazione in questione presuppone, in effetti, una generale critica ad una visione relazionale aperta della responsabilità extracontrattuale, tale per cui, appunto, i profili relazionali inerenti ai doveri di protezione andrebbero ascritti alla responsabilità contrattuale. La tesi, anch'essa sostenuta, che si pone in senso opposto a quella appena descritta, nel senso, cioè, dell'inclusione dei profili relazionali in questione all'interno della responsabilità aquiliana, rende però palese che non necessariamente tali profili risultano, in sé considerati, determinanti ai fini della inclusione nell'una o nell'altra categoria di responsabilità⁹⁸. È possibile evincere, in tal modo, la portata relazionale che, in generale, si riconosce comunque coinvolgere, in questo senso, entrambe le forme di responsabilità; una volta, allora, che il profilo relazionale in questione è in via generale ammesso anche nella responsabilità aquiliana, il riferimento all'una o all'altra delle differenti normative della responsabilità diventa questione di mera estensione della portata qualificatoria delle relative norme⁹⁹.

dell'obbligazione, con la generale assunzione, da parte della seconda, di un ruolo preminente rispetto alla prima. Su tali profili, cfr. in particolare M. PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, spec. pp. 69 ss. e 123 ss.; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 15 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, pp. 30 ss., 108 ss., 138 ss. e 643 ss.; si veda anche quanto si dirà *infra*, n. 100.

⁹⁸ Si veda in particolare M. BARCELLONA, *Trattato*, cit., p. 65 ss., il quale, come già riportato *supra*, par. 2, n. 17, ritiene che, in tal modo, la concezione dell'obbligazione senza prestazione venga a presupporre, nel suo fondamento, una visione tradizionalistica della responsabilità aquiliana, avulsa dal criterio della relazionalità; si critica, allora, la relativa categoria, e si ritiene che la responsabilità da c.d. contatto sociale dovrebbe rientrare nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale. In senso analogo, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., p. 69 ss.; si veda anche M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1007 ss.

⁹⁹ Rispetto allo scenario descritto alle note precedenti, in effetti, il recepimento della categoria del contatto sociale, e di quella consequenziale dell'obbligazione senza prestazione, può essere letto come tentativo di arginare l'espansione della responsabilità aquiliana quale clausola generale, senza per questo lasciare vuoti di tutela, attraverso la riconduzione alla responsabilità contrattuale tipologie di relazioni in sé non rappresentanti obbligazioni nel senso tradizionale del termine: cfr. in proposito, ancora, M. BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.* Ad ogni modo, nel mo-

A fronte dello scenario descritto, risulta dunque possibile individuare, in via di principio, una generale considerazione della responsabilità che, seppur in maniera non del tutto univoca, viene tendenzialmente ad assumere una funzione in termini riparatori, rispetto ad un profilo relazionale giuridicamente rilevante che si assume lesa. In questi termini, si ha, quindi, la qualificazione giuridica di un interesse riparatorio, rispetto alla lesione di un interesse corrispondente ad una relazione pretesa-obbligo che l'ordinamento reputa giuridicamente rilevante, in disparte la specifica considerazione di quest'ultima (se componente di un diritto assoluto; se autonomamente rilevante in quanto tale come situazione a struttura creditizia; ecc.), nonché la specifica considerazione dell'interesse risarcitorio stesso (se autonoma situazione giuridica o meno)¹⁰⁰.

mento in cui si assume, secondo quanto pure detto alle note precedenti, che la visione relazionale è propria anche della responsabilità extracontrattuale, appare evidente come la riconduzione del contatto sociale all'una o all'altra categoria diventi una questione di mera scelta qualificatoria rispetto a due forme di responsabilità tra loro essenzialmente contigue, e risulti, in tal modo, indice della potenziale commistione tra le categorie stesse.

100 In particolare, rispetto a quest'ultimo profilo, la problematica che si pone è quella di valutare se le conseguenze della distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale individuino la lesione di un interesse ad una prestazione che sia o meno oggetto di una previa qualificazione giuridica autonoma da parte dell'ordinamento, quale contenuto di un corrispondente diritto di credito ad essa riferito (a cui cioè preesista o meno, in questi termini, un'autonoma obbligazione); rappresenti, cioè, anche una distinta considerazione della situazione risarcitoria, per come autonoma o meno dalla situazione giuridica lesa. In questo senso, non pare possano porsi problemi in ordine alla considerazione di un'autonoma situazione risarcitoria qualora la natura della responsabilità sia extracontrattuale: in ragione dell'insussistenza di una originaria situazione autonoma creditizia, a cui ricondurre, nei termini descritti, la pretesa lesa, si può affermare che l'art. 2043 c.c. qualifichi un interesse che, seppur connesso, in funzione riparatoria, a quello oggetto di lesione, è nondimeno da quest'ultimo autonomo e distinto (si vedano, ad es., le considerazioni di A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 424, n. 183).

Più complessa la situazione se la natura della responsabilità è contrattuale, nei termini di cui all'art. 1218 c.c. In tale ipotesi, infatti, la preesistenza di un'obbligazione porta a ritenere che l'obbligo di risarcimento del danno non rappresenti un obbligo autonomo, ma costituisca lo svolgimento del vincolo di responsabilità coevo al sorgere dell'obbligazione (in questo senso la posizione nettamente maggioritaria: cfr., ad es., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, Milano, 2012, p. 121 ss., per cui la prestazione risarcitoria si aggiungerebbe, in caso di ritardo o inesatto inadempimento, o si sostituirebbe, in caso di inadempimento totale e definitivo, alla prestazione originaria, non estinguendo la relativa obbligazione, ma, attraverso un fenomeno di surrogazione oggettiva, mutandone l'oggetto; in senso contrario, si vedano però, in particolare, F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, II, *Distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 621 ss.; nonché, più di recente, G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2009, p. 122 ss.). L'imposizione appena rappresentata si presta, tuttavia, ad una riconsiderazione, nell'ambito della riferita svalutazione della distinzione tra le due forme di responsabilità quali categorie separate tra

Rispetto a tale prospettazione, la responsabilità *ex art.* 1218 c.c. individuerrebbe l'ipotesi in cui la relazione in questione corrisponde alla componente di una situazione autonomamente qualificata dall'ordinamento come diritto di credito, di una situazione, cioè, che si pone quale termine di un rapporto sostanziale di carattere obbligatorio¹⁰¹.

Non viene in conto, ai nostri fini, in quali specifici termini l'inquadramento della responsabilità appena rappresentato comporti una ridefinizione

loro, in particolar modo per la rivalutazione, in ordine all'obbligazione, della funzione riparatoria, e non sostitutiva, del risarcimento, a cui si accompagna il rilievo della relativa soddisfazione in forma specifica e il superamento della tutela risarcitoria quale rimedio primario a fronte dell'inadempimento (cfr. subito *supra*, in nota). In particolare, la caratterizzazione assunta in ordine al diritto di credito, e all'interesse ad esso sotteso, ha condotto la più recente riflessione dottrinale a collegare l'adempimento della prestazione – anche successivo, conservandone interesse il creditore, ed eventualmente a seguito dell'azione giurisdizionale – direttamente alla soddisfazione del credito, tenendo invece separato il risarcimento dei danni, quale rimedio rispetto al pregiudizio prodottosi a fronte dell'inadempimento; da ciò si è fatta conseguire la preminenza della tutela in forma specifica su quella per equivalente (cfr. in proposito quanto detto *supra*, n. 97; si vedano poi, su tutti, nelle diverse declinazioni, I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., pp. 15 ss. e 61 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 30 ss., 108 ss., 138 ss. e 648 ss.; in ragione di questa prospettiva, si è tenuta separata, da parte nostra, l'azione di adempimento da quella risarcitoria, anche in forma specifica: cfr. *Potere e situazioni soggettive*, II-1, cit., p. 87 ss., n. 97; *L'azione di adempimento*, cit., p. 151 ss.). In tale prospettiva, e pur con le difficoltà che sorgono in proposito (su cui sia consentito rimandare alle opere da ult. citt., ed ivi i relativi approfondimenti e i corrispondenti riferimenti), potrebbe allora ritenersi, quantomeno in via di principio, che, in forza della generale considerazione assunta dall'interesse al risarcimento rispetto a quello all'adempimento, tale da non potergli riconoscere funzione meramente attuativa dell'obbligo inadempito, l'obbligazione risarcitoria risulti idonea ad essere inquadrata in maniera autonoma da quella originaria, quale scaturente essa stessa dall'inadempimento, senza necessità di procedersi ad una 'fase successiva' della medesima obbligazione.

101 Rispetto a quanto spiegato subito sopra, nel testo e alle note precedenti, è possibile assumere, in altri termini, una generale considerazione della responsabilità per cui l'ordinamento riconosce l'interesse alla riparazione della lesione di una relazione pretesa-obbligo giuridicamente rilevante, in disparte come tale giuridica rilevanza si presenti (quale contenuto principale di una situazione giuridica qualificata come diritto di credito; quale uno dei contenuti di una situazione giuridica composita, anche differente da un diritto assoluto; ecc.). La distinzione, in questo senso, è di diritto positivo, e dipende dalla portata qualificatoria delle differenti normative sulla responsabilità, e dalla funzione che ad esse si riconosce (di qui anche l'eventuale soluzione in ordine al rilievo dell'obbligazione senza prestazione: cfr. subito sopra, nel testo e in nota). In tale prospettiva, si assume quindi una generale considerazione normativa del danno, quale lesione di una situazione pretesa-obbligo; con l'avvertenza, però, che non ci si deve appiattare su di essa per quanto concerne la valutazione del danno-conseguenza: più correttamente, non ci si può appiattare in questo senso se si riconosce una funzione riparatoria al risarcimento, che non consente un'automatica equazione lesione della situazione giuridica/danno risarcibile. Di qui la problematica dell'inquadramento, in particolare, della responsabilità contrattuale (rispetto alla quale tale funzione è precipuamente discussa: cfr. subito sopra, in nota): problematica a cui si ricollega anche la considerazione della relativa situazione risarcitoria (cfr. an-

della bipartizione tradizionale tra forme di responsabilità. Per quanto sia indubbio, infatti, che il recepimento del tendenziale superamento della loro tradizionale contrapposizione meglio si presti al tenore della ricostruzione che si vuole in questa sede portare avanti, va evidenziato, in ogni caso, come la distinzione in questione non apparirebbe comunque dirimente, sotto il profilo che qui interessa, nel momento in cui si prende in considerazione una responsabilità che deriva dall'esercizio dell'azione attinente ad un modello strutturale di tipo processuale, in ragione della particolare considerazione normativa dei rapporti che vengono in questione in tale ipotesi.

Sul punto, si deve tenere presente che, secondo l'impostazione da noi assunta, il rapporto tra privati e Amministrazione avviene, lo si è visto, su un piano procedurale, conformando a tale piano, espressione della struttura normativa della funzione, i caratteri delle situazioni giuridiche coinvolte e il rilievo giuridico degli interessi ad esse sottesi, sotto il profilo oggettivo e soggettivo. Ciò significa, allora, che anche la responsabilità attiene non alla lesione di un interesse riferito ad una situazione (prettamente) sostanziale, ma a quella di un interesse che trova riscontro sul piano procedurale. L'errore nella procedura, che abbia comportato la lesione di una situazione di carattere astratto o concreto, può portare, cioè, su un piano strutturalmente esterno alla funzione, ad una responsabilità per danni derivanti dalla lesione in questione. Sotto questo profilo, la responsabilità amministrativa risulta quindi ascrivibile alla medesima considerazione propria della responsabilità del giudice¹⁰².

cora sopra, alla nota precedente); nonché, più in generale, l'effettiva declinazione del rapporto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

102 Per un'impostazione simile, quale volta ad incentrare la responsabilità sulla centralità teorica del procedimento, così da considerarla ascrivibile allo stesso modello di quella degli organi giurisdizionali, cfr. L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 87 ss., spec. p. 158 ss.

La responsabilità civile del giudice, per come regolata dalla l. n. 117 del 13 aprile 1988, con le particolari modifiche apportate dalla l. n. 18 del 27 febbraio 2015, risponde infatti ai caratteri indicati, di necessaria separazione strutturale tra piano della funzione, di carattere procedurale, e piano della responsabilità, di carattere prettamente sostanziale. A tal proposito, può notarsi come, in primo luogo, siano stabilite regole particolari in ordine ai requisiti di attribuzione della responsabilità, sotto un profilo soggettivo e oggettivo: esse concernono la colpa del giudice, e il possibile rilievo dell'attività di accertamento, stabilendo una specifica disciplina per la violazione del diritto

Dalla rappresentazione effettuata derivano specifiche conseguenze in ordine alla natura e alla struttura dell'obbligo risarcitorio, e della relativa pretesa che con esso si rapporta; le quali giustificano, a loro volta, una specifica disciplina in ordine alla responsabilità stessa.

L'obbligo risarcitorio, infatti, non può porsi nella stessa dimensione attinente agli obblighi procedurali dell'autorità procedente, i quali si situano, come detto, all'interno della logica processuale dell'esercizio del potere. In questo senso, si deve allora ritenere che, in disparte l'adesione o meno ad un'impostazione che vede, sotto un profilo generale, l'obbligo risarcitorio quale situazione autonoma rispetto alla situazione alla cui lesione il risarcimento si riferisce¹⁰³,

UE (art. 2, l. n. 117/1988, come modificato dalla l. n. 18/2015). Inoltre, vi è una particolare declinazione del rapporto tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente: poiché, infatti, detto rapporto concerne due piani differenti, uno interno al profilo strutturale della funzione, l'altro ad esso esterno, si stabilisce che, in ragione della prevalenza del piano interno su quello esterno, è possibile accedere all'azione risarcitoria soltanto una volta esauriti i mezzi ordinari di impugnazione, ed entro un termine di decadenza specifico (art. 4, l. n. 117/1988). Infine, si discute della natura della responsabilità dei magistrati, se contrattuale o extracontrattuale, con posizioni che dipendono dal rilievo conferito al rapporto procedurale parti-giudice, in maniera essenzialmente analoga a quanto si verifica in diritto amministrativo nella considerazione del rapporto privati-P.A.; tuttavia, si ammette solitamente che la responsabilità in esame formi un sistema a sé stante, ove, anche nell'ipotesi di lacune normative nella disciplina speciale, potrebbe apparire eccessivamente semplicistico tentarne il superamento attraverso l'asettico riferimento allo statuto dell'una o dell'altra forma di responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. In generale, per un'analisi dell'istituto in questione e della relativa normativa, si vedano, tra gli altri, F. AULETTA, S. BOCCAGNA, N. RASCIO (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 aprile 2015, n. 18*, Bologna, 2017; N. PICARDI, R. VACCARELLA (a cura di), *La responsabilità civile dello Stato giudice*, Padova, 1990; L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 1988; M.T. STILE, *La responsabilità dello Stato-giudice e del magistrato tra garanzie costituzionali e moniti europei*, Napoli, 2016; G. FERRI, A. TEDOLDI (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, 2019; ivi ulteriori riferimenti.

¹⁰³ Si è detto, infatti, subito sopra, in nota, come la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, e in particolare la considerazione della funzione ad esse sottese, possano portare anche a conseguenze in ordine alla specifica considerazione della situazione risarcitoria, per come autonoma o meno dalla situazione giuridica lesa; in proposito, si è evidenziato come la problematica concerna in particolar modo la responsabilità contrattuale, ove si tende comunque ad una considerazione della prestazione risarcitoria quale interna alla originaria obbligazione. Ai nostri fini, si può ad ogni modo prescindere, come detto nel testo, dalla posizione assunta nei confronti dei termini tradizionali propri della relativa problematica civilistica (in sé considerata, e, del pari, in relazione alle forme di responsabilità alla stessa riferibili), la quale comunque si rivolge, per definizione, a situazioni di carattere prettamente sostanzialistico. Le considerazioni precedentemente effettuate vanno utilizzate, piuttosto, per rilevare come, in ordine allo statuto generale della responsabilità amministrativa, si debba in ogni caso ravvisare, nella prospettiva propria della nostra ricostruzione, un'autonoma rilevanza giuridica dell'interesse risarcitorio, rispetto a quello alla prestazione originaria oggetto di lesione, in ragione della struttura normativa procedurale in cui tale secondo interesse si inserisce. Più nello

nel momento in cui le situazioni giuridiche inerenti all'esercizio del potere si vengono a caratterizzare, in ragione della struttura normativa della funzione, per il loro carattere procedurale, l'interesse risarcitorio assume comunque un rilievo autonomo rispetto agli interessi, sottesi a dette situazioni procedurali (prettamente procedurali e a rilievo sostanziale), la riparazione della cui lesione è funzione della stessa situazione risarcitoria¹⁰⁴. Il carattere procedurale delle situazioni, infatti, non consente, sotto il profilo strutturale, di ascrivervi, quale loro componente, anche l'interesse risarcitorio, il quale, in ogni caso, rimarrebbe, non potrebbe che rimanere, su un piano prettamente sostanziale, nei termini che si sono specificati. In questo senso, il legame tra interesse procedurale

specifico, un autonomo rilievo della situazione risarcitoria andrebbe riconosciuto ogniqualvolta l'ordinamento determini, sotto un particolare profilo, una separazione strutturale tra i due ordini di interessi: in questa ipotesi, infatti, il legame tra obbligo violato e risarcimento, pur ravvisabile, non sarebbe idoneo a comportare la considerazione di una situazione unitaria sotto il profilo strutturale, ma potrebbe assumere un ruolo soltanto funzionale, nel senso che, sotto il profilo della tutela, l'una situazione risulterebbe funzionalmente collegata all'altra, in termini riparatori rispetto all'interesse oggetto di lesione. Ciò è quanto appunto si verifica in relazione al risarcimento del danno derivante dall'esercizio di un potere amministrativo, ove la struttura normativa della funzione è idonea a comportare la separazione strutturale tra le situazioni in questione, determinandone un legame soltanto funzionale: cfr. ancora subito di seguito, nel testo e in nota.

104 Si vuole dire, cioè, come, in disparte la posizione assunta in ordine alla generale questione del rapporto tra interesse leso e pretesa risarcitoria, in relazione alla tipologia di responsabilità considerata (contrattuale o extracontrattuale), nel momento in cui un interesse riceva rilievo giuridico in ragione, e nei termini, del suo carattere procedurale, pur se la situazione si presenti a rilievo sostanziale, allora non può non ammettersi anche che l'interesse risarcitorio sia qualificato in maniera autonoma da parte dell'ordinamento, in quanto attinente ad un rapporto che non potrebbe trovare riscontro sul piano procedurale stesso. Detto in altri termini, si può discutere sulla generale autonomia della situazione risarcitoria, e in particolare se, in ordine ad un'obbligazione di natura contrattuale, la prestazione risarcitoria rimanga all'interno dell'obbligazione originaria, procedendo da essa in caso di inadempimento, ovvero sia configurata come obbligazione autonoma, in ragione del rilievo che vuole accordarsi all'interesse alla soddisfazione dell'obbligo originario (cfr. quanto detto *supra*, n. 100, nonché alla nota precedente). Non può, però, anche ritenersi che l'obbligo risarcitorio sia già contenuto nell'obbligo del giudice (e, del pari, dell'Amministrazione) di adottare la sentenza (l'atto), o di concedere l'effetto costitutivo, quale prestazione, cioè, che succederebbe nel contenuto di una situazione di obbligo procedurale in caso di sua violazione: in tale ipotesi, infatti, le due prestazioni si pongono su due piani strutturalmente distinti, non potendo la pretesa risarcitoria entrare all'interno dell'esercizio della funzione; conseguentemente, si deve ritenere che l'ordinamento accordi alle due differenti categorie di interessi una qualificazione giuridica autonoma, tenendo distinte le due situazioni giuridiche. Ciò che, come si verrà a spiegare di seguito, nel testo, porta ad una considerazione particolare, comunque la si voglia intendere, della tipologia di responsabilità in esame.

leso e interesse risarcitorio può esplicarsi unicamente su un piano funzionale, che si presenti compatibile con la ricostruzione della funzione da noi effettuata.

Nella prospettiva descritta, l'obbligo risarcitorio è, dunque, situazione autonoma, di carattere prettamente sostanziale, la quale ha una funzione riparatoria rispetto all'interesse procedurale (a rilievo sostanziale o prettamente procedurale) leso. In questo senso, l'ordinamento qualifica due categorie di interessi, quelli di varia natura procedurale e quello risarcitorio, separati sotto il profilo strutturale, in quanto autonomi e distinti sotto il profilo del loro contenuto e del piano strutturale nell'ambito del quale trovano riscontro. La situazione risarcitoria, tuttavia, mantiene un legame funzionale con la situazione alla cui riparazione è rivolta, legame che può dispiegarsi nel mantenimento della separazione strutturale descritta¹⁰⁵.

La configurazione appena rappresentata può trovare riscontro nell'ambito del processo amministrativo, secondo l'interpretazione che dell'azione risarcitoria ha dato la giurisprudenza costituzionale e il legislatore del Codice. La Corte costituzionale, infatti, nei suoi noti interventi sul punto, ha specificato che, in disparte la posizione assunta in ordine all'autonomia o meno della relativa situazione, l'azione risarcitoria debba essere considerata in funzione della tutela dell'interesse legittimo, senza poter rappresentare, in sé, una materia ascritta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁰⁶. La stessa considera-

105 Nel senso descritto, la lesione di una situazione di carattere procedurale costituisce quindi un elemento della fattispecie risarcitoria, che consente alla situazione in questione di assumere comunque rilievo, quantomeno nei limiti di quanto indicato, anche al di fuori dell'ambito procedurale di riferimento. Sotto il profilo funzionale, come detto nel testo, la pretesa risarcitoria svolge infatti una funzione riparatoria rispetto all'interesse procedurale leso. La relativa considerazione della rilevanza di quest'ultimo, a sua volta, consegue allo specifico valore attribuito alla funzione, per come idoneo, sotto il profilo in questione, ad individuare una particolare connotazione della responsabilità amministrativa, la quale – come si dirà subito di seguito, nel testo e in nota – si caratterizzerebbe nel senso di una responsabilità da attività processuale/procedurale (cioè a prescindere, si aggiunge, dalla necessità di individuare una particolare forma di responsabilità, all'interno di una contrapposizione, che diverrebbe trilaterale, con la responsabilità extracontrattuale e quella da inadempimento di un'obbligazione sostanziale; necessità che, come pure si dirà di seguito, nel testo e in nota, dipende essenzialmente dal valore che intende attribuirsi al dualismo classico tra forme di responsabilità).

106 Cfr. Corte cost, sentt. n. 204/2004 e n. 191/2006. In particolare, la Corte, dopo aver affermato, nella prima delle due pronunce, che "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno in-

zione dell'azione risarcitoria si ritrova sul piano normativo codicistico: l'art. 7, co. 4, c.p.a., recependo le indicazioni dei giudici costituzionali, ha infatti stabilito che sono ricomprese nella giurisdizione generale di legittimità le controversie relative al risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi, che dunque non costituiscono una materia a sé assoggettabile alla giurisdizione esclusiva. Se ne ricava, di conseguenza, uno scenario in cui l'obbligo risarcitorio può inserirsi quale situazione autonoma di carattere prettamente sostanziale, con le conseguenze che da ciò derivano sotto il profilo strutturale, esprimendo al contempo un legame funzionale con le situazioni inerenti alla funzione amministrativa (a rilievo sostanziale e prettamente procedurale): le controversie risarcitorie risultano, cioè, autonome sotto il profilo strutturale, ma il riferito legame funzionale non consente di considerare le relative situazioni quali costituenti o comunque includibili in una materia specifica, assoggettabile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁰⁷.

giusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione", precisa espressamente, nella seconda decisione, che tale principio "impon[er] di escludere che, per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione competa al giudice ordinario: ciò dicendo non intende questa Corte prendere posizione sul tema della natura della situazione soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria, ovvero sulla natura (di norma secondaria, *id est* sanzionatoria di condotte *aliunde* vietate, oppure primaria) dell'art. 2043 cod. civ., ma esclusivamente ribadire che laddove la legge – come fa l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998 – costruisce il risarcimento del danno, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, come strumento di tutela affermandone – come è stato detto – il carattere "rimediale", essa non viola alcun precetto costituzionale e, anzi, costituisce attuazione del precetto dell'art. 24 Cost. laddove questo esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva e sia resa in tempi ragionevoli. (...) Da ciò consegue che, ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia – come si ritiene da alcuni –, o non abbia, intrinseca natura di diritto soggettivo: avendo la legge, a questi fini, inequivocabilmente privilegiato la considerazione della situazione soggettiva incisa dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, a questa Corte competeva (e compete) solo di valutare se tale scelta del legislatore – di collegare, cioè, quanto all'attribuzione della giurisdizione, la tutela risarcitoria a quella della situazione soggettiva incisa dal provvedimento amministrativo illegittimo – confligga, o non, con norme costituzionali; ciò che, con la più volte ricordata sentenza n. 204 del 2004, questa Corte ha escluso". Sul punto, cfr. quanto si dirà di seguito, nel testo e alla nota successiva.

107 Dalle statuizioni della Corte cost., sent. nn. 204/2004 e 191/2006, riportate alla nota precedente, deriva, infatti, la conclusione per cui la situazione di pretesa risarcitoria – da considerare situazione giuridica autonoma, in ragione della ricostruzione da noi prospettata – non faccia riferimento ad una controversia che – si badi bene, *sotto il solo profilo funzionale della tutela* –

In senso corrispondente a tale configurazione della pretesa risarcitoria si connota, poi, la disciplina processuale della relativa azione, contenuta negli artt. 30 e 34 c.p.a., e la relativa autonomia rispetto alla tutela in forma specifica, di cui si è già ricordato¹⁰⁸.

4.1. Inquadramento generale dei caratteri della responsabilità procedurale della P.A. La responsabilità da lesione della buona fede

La connotazione, nel senso sin qui descritto, dell'obbligo risarcitorio, per come definito in ragione del rilievo conferito al piano strutturale proprio della funzione, e al correlato rapporto tra situazioni procedurali (astratte e concrete) e situazione risarcitoria, comporta, a sua volta, una specifica declinazione in ordine alla determinazione dei suoi elementi costitutivi, e di quelli della relativa

possa essere considerata in maniera distinta da quella principale, relativa alla situazione giuridica lesa. Conseguentemente, essa non può costituire una 'materia' ai fini dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la controversia risarcitoria segue, cioè, quanto a giurisdizione, quella della controversia sulla situazione lesa, in ragione del legame funzionale che lega l'una con l'altra (per un'interpretazione simile, si vedano F.G. SCOCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 8 ss.; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 173). In questo senso va, dunque, interpretato anche l'art. 7, co. 4, c.p.a., per cui "sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma": dalla lettera della norma, si ricava, infatti, come la controversia risarcitoria venga considerata come distinta da quelle sulla situazione giuridica lesa, in quanto rispetto ad essa *strutturalmente* autonoma (l'oggetto del giudizio è l'autonoma situazione di pretesa risarcitoria, mentre la situazione lesa, a rilievo sostanziale o prettamente procedurale, è conosciuta dal giudice *incidenter tantum*, come elemento del fatto costitutivo della prima); tuttavia, la controversia risarcitoria risulta automaticamente ascritta alla giurisdizione generale del giudice amministrativo, in quanto *funzionalmente* collegata alla tutela dell'interesse sotteso alla situazione giuridica lesa, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale.

108 Cfr. quanto detto subito *supra*, nel testo, in ordine al contenuto delle disposizioni indicate.

Nella prospettiva descritta, l'azione risarcitoria ha quindi ad oggetto l'obbligo risarcitorio, avente come contenuto la riparazione del danno determinato dalla lesione subita dalla situazione giuridica a rilievo sostanziale del privato, in ragione della mancata o inesatta soddisfazione di quest'ultima. La situazione giuridica a rilievo sostanziale o prettamente procedurale costituisce, invece, uno degli elementi del fatto costitutivo della situazione risarcitoria, di cui il giudice amministrativo conosce incidentalmente laddove l'azione risarcitoria sia proposta in via autonoma, possibile, come ricordato, in ragione del superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa ai sensi degli artt. 30, co. 1, e 34, co. 2, seconda parte, c.p.a. Il cumulo con l'azione di annullamento non è infatti necessario per conoscere della situazione di pretesa all'utilità finale, o alla correttezza formale dell'azione: nell'ipotesi in esame, venendo esperita un'autonoma azione di risarcimento dei danni, il provvedimento rimane quindi fermo nei suoi effetti, e il giudice conosce della sussistenza della situazione del privato in via meramente incidentale.

pretesa al risarcimento del danno. Essa va cioè, in questo senso, a collegarsi alla disciplina della responsabilità amministrativa, sotto il profilo sostanziale e processuale, la quale assume una specifica caratterizzazione appunto in ragione del ruolo che la stessa risulta rivestire rispetto al rapporto tra P.A. e privati.

Sotto la prospettiva indicata, si deve in effetti rilevare come, a prescindere dalla necessità o meno di configurare una specifica e ulteriore ripartizione di forme di responsabilità, il risarcimento da azione procedurale amministrativa non possa comunque trovare un'agevole collocazione nella considerazione dei tradizionali statuti di responsabilità, extracontrattuale o da inadempimento di un'obbligazione sostanziale, e nelle relative regolamentazioni¹⁰⁹. La circostanza che la lesione, comportante un danno, derivi dallo svolgimento di una modalità processuale di esercizio del potere, risulta infatti, in questi termini, idonea a conformare a tale rilievo strutturale anche i caratteri e i presupposti relativi alla responsabilità in questione.

Nel senso descritto, ancorché non sussista una specifica disciplina in ordine al risarcimento dei danni derivanti dall'attività amministrativa, risulterebbe allora possibile, in ragione della rappresentazione da noi prospettata, procedere ad una sua specifica ricostruzione su canoni differenti da quelli ordinari, da quelli, cioè, rivolti alla considerazione della lesione di interessi ascrivibili a situazioni prettamente sostanziali; si potrebbe procedere, in altri termini, ad una ricostruzione in ordine ai requisiti generali, soggettivi e oggettivi, inerenti alla responsabilità che deriva dalla lesione di interessi che trovano la loro rilevanza sul

109 Più nello specifico, a noi pare che la considerazione o meno di un terzo genere di responsabilità (responsabilità da attività procedurale/processuale), da affiancare agli altri, dipende dal rilievo che intende attualmente attribuirsi al dualismo classico tra forme di responsabilità, nei termini sopra ricordati: se si ritiene che questo costituisca (continui a costituire) la rappresentazione di una netta contrapposizione tra due modelli risarcitori, si dovrebbe, conseguentemente, reputare necessaria anche la configurazione di un terzo modello di responsabilità, da affiancare appunto agli altri; se, invece, si tende ad una strutturale svalutazione del dualismo richiamato, allora il risarcimento da attività procedurale dovrebbe venire ad indicare, semplicemente, un insieme di regole specifiche, determinate dal particolare rilievo delle situazioni procedurali, che si situerebbero all'interno di un più generale, ed essenzialmente unitario, statuto della responsabilità.

piano procedurale¹¹⁰. Tale ricostruzione, non serve sottolinearlo, non deriverebbe così da un particolare rilievo che assume il potere pubblico, quale contrapposto alle situazioni privatistiche; ma, appunto, dalla modalità processuale a cui è ascrivibile la struttura normativa della funzione attraverso cui il potere amministrativo è esercitato.

Non è questa la sede, ad ogni modo, per procedere alla relativa indagine. La presente trattazione, come avvertito, è volta infatti soltanto a fornire le generali indicazioni di inquadramento in ordine alla responsabilità amministrativa, attraverso le quali poter rapportare il piano a quest'ultima relativo a quello proprio della funzione. È possibile, tuttavia, alla luce delle considerazioni effettuate, procedere ad alcuni rilievi, che risultano in grado di guidare i possibili sviluppi di una prospettiva ricostruttiva quale quella appena rappresentata.

A questo proposito, si deve partire dalla considerazione per cui, in ragione di quanto spiegato in merito al rapporto tra situazioni procedurali, attinenti alla funzione, e situazioni prettamente sostanziali, ad essa esterne, la responsabilità può dirsi costituire il profilo di collegamento tra piano procedurale delle situazioni soggettive rivolte direttamente allo svolgimento dell'attività, e piano prettamente sostanziale ad essa attinente, che nella responsabilità stessa trova riscontro. La sua maggiore o minore estensione, e, correlativamente, le regole ad essa relative, concernono il rilievo che a quel piano viene ad essere conferito, sotto l'unico aspetto in cui questo senso può rilevare, quello, appunto, della responsabilità. Rilievo che peraltro, si aggiunge, può essere anche diverso in re-

¹¹⁰La questione, che in proposito ci si propone di dirimere, è quella concernente l'alternativa tra la possibilità che le regole a cui si fa riferimento possano effettivamente ricavarsi in via interpretativa, specificando se del caso in che limiti, e quella che vede necessario un espresso statuto normativo della responsabilità amministrativa, in mancanza del quale la relazione tra piano procedurale delle situazioni attinenti all'attuazione del rapporto, e piano prettamente sostanziale della responsabilità relativa a detta attuazione, è rimesso alle sole disposizioni che di esso espressamente si occupano (essenzialmente, quelle processuali di cui all'art. 30 c.p.a.), rimandandosi, per il resto, alla scelta in ordine alla tradizionale alternativa tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana. A noi pare, tuttavia, in ordine a questa seconda alternativa, che proprio la scelta tra l'una o l'altra forma di responsabilità risulta ridursi a mera petizione di principio, nel momento in cui assume rilievo il carattere procedurale dell'attività come termine di rapporto della relativa responsabilità: cfr. quanto considerato subito sopra, nel testo e in nota.

lazione alle singole materie, in ragione di una loro differente regolamentazione (si pensi, in particolare, alla particolare materia dei contratti pubblici).

Nel senso descritto, la responsabilità è quindi collegata alla condotta dell'Amministrazione, la quale, pur in generale avente considerazione procedurale, viene ad essere riguardata, a tal proposito, su un piano prettamente sostanziale. Così, in particolare, per quanto concerne le situazioni procedimentali (astratte), può dirsi che, una volta riconosciuta cittadinanza a situazioni relative all'assetto formale del procedimento (piano procedurale appunto astratto), per come separate da quelle rivolte ad un determinato esito dell'attività amministrativa (conseguimento dell'effetto/non effetto), secondo l'impostazione da noi rappresentata, la loro risarcibilità, in sé considerate (a prescindere, cioè, dalla spettanza dell'utilità finale), può essere riconosciuta in ragione dell'estensione, al piano esterno alla funzione, della rilevanza giuridica del relativo comportamento, che per tale via viene a ricevere riscontro¹¹¹. In merito, invece, alle situa-

111 Il danno di cui si chiede il risarcimento, nell'ipotesi che si sta esaminando, è quindi quello che riguarda la lesione di una situazione giuridica a carattere (prettamente) procedurale. Il risarcimento derivante dalla violazione procedimentale in sé considerata, autonoma rispetto alla sussistenza, in capo al medesimo soggetto, di una situazione giuridica a rilievo sostanziale (cfr., in proposito, *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., p. 186 ss.).

In questo senso, può ricevere riscontro, in particolar modo, la risarcibilità del danno che consegue alla mancata conclusione del procedimento nel termine normativamente stabilito, che è idoneo a rilevare anche a prescindere dall'infondatezza della pretesa del privato al conseguimento dell'utilità sostanziale (c.d. danno da mero ritardo). Non serve peraltro ricordare, in proposito, come il risarcimento per l'ipotesi in questione, di mancata 'spettanza' dell'utilità finale, sia stato tradizionalmente negato da parte della giurisprudenza (cfr. Cons. St., ad. plen., n. 7 del 15 settembre 2005; sez. IV, n. 4260 del 12 luglio 2018; sez. IV, n. 3068 del 23 giugno 2017). L'introduzione, da parte della l. n. 69 del 18 giugno 2009, dell'art. 2 *bis* alla l. n. 241/1990, che stabilisce che la P.A. sia tenuta al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, e il successivo inserimento, all'interno della medesima disposizione, da parte della l. n. 98 del 9 agosto 2013, di un co. 1 *bis*, che prevede un indennizzo espressamente rivolto al mero ritardo, per i procedimenti ad istanza di parte, da detrarre dall'eventuale risarcimento di cui all'originario co. 1, ha portato ad una maggiore adesione alla tesi della risarcibilità del danno da mero ritardo, che ha così potuto trovare riscontro, sia pure in maniera incerta, davanti al giudice amministrativo (in senso favorevole, pur se come *obiter dictum*, e nell'ambito della propria ricostruzione, Cons. St., ad. plen., n. 5 del 4 maggio 2018; ancora, Cons. St., sez. IV, n. 271 dell'11 gennaio 2019; successivamente, in senso negativo, tuttavia, Cons. St., sez. II, n. 106 del 7 gennaio 2022; anche Cons. St., ad. plen., n. 7 del 23 aprile 2021 pare porsi in senso contrario, ancorché non risulti del tutto chiaro, per la via indicata da tale pronuncia, il rapporto tra la responsabilità da lesione di interesse legittimo, che viene inteso come collegato al provvedimento favorevole, a cui la stessa sentenza espressamente si rivolge, e la possibile considerazione, che si ritrova in generale in

zioni individuate in una pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto (piano procedurale concreto), la loro risarcibilità si presta ad essere ammessa con riferimento alla relativa violazione, senza mettere in discussione il contenuto della situazione procedurale stessa, per come rivolta all'utilità finale: la considerazione del danno può, infatti, trovare comunque riscontro rapportando l'eventuale discrezionalità residua al piano prettamente sostanziale; e, quindi, in questo senso, alla possibilità di conseguimento dell'utilità corrispondente alla parte della pretesa parzialmente dimostrata (nei limiti, cioè, appunto della di-

giurisprudenza, di una diversa responsabilità da comportamento, prescindente dall'utilità finale, e potenzialmente rilevante anche in ordine al silenzio). In dottrina si vedano, tra gli altri, M. CLARICH, *Termine del procedimento*, cit., p. 151 ss.; M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. app.*, 2006, p. 62 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, p. 90 ss.; L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 663 ss.; M.C. CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 489 ss.; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 261 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *Federalismi.it*, 2009, p. 6 ss.; G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione*, cit., pp. 253-254; M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 174 ss., spec. p. 183 ss.; ID., *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei termini del procedimento*, in *Federalismi.it*, 2008; G. MARI, *La responsabilità per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 333 ss.; N. POSTERARO, *Brevissime riflessioni sul danno da ritardo*, in *Federalismi.it*, 2015.

Si può poi pensare, sempre in relazione alla lesione di situazioni prettamente procedurali, al danno che può derivare dall'erroneità dei motivi considerati ai fini della decisione, in disparte la circostanza che quest'ultima si presenti corretta in ordine al suo contenuto, concernente la produzione o non produzione dell'effetto precettivo corrispondente al potere azionato. L'ipotesi, a cui solitamente si fa riferimento (cfr. ad es., in vario modo, N. BERTI, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 219; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, *ivi*, 2017, p. 310), è quella per cui, poiché l'erroneità della motivazione non poteva consentire un congruo apprezzamento della correttezza o meno della decisione adottata, dovrebbe tenersi quantomeno conto dell'esborso sostenuto per le spese processuali, salvo prova del maggiore o dell'ulteriore danno (in disparte il profilo concernente la generale considerazione, su cui non può in questa sede entrare nel merito, del rapporto tra spese processuali e responsabilità, e del relativo legame con la soccombenza: in proposito, per una ricostruzione della questione processualistica, cfr. F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, II, Padova, 2000, p. 483 ss.; ID., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 249 ss.; ID., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 874 ss.). Vi può essere, poi, anche il caso di una specifica statuizione della motivazione, che risulti lesiva sotto un profilo rilevante per come in sé considerato (o comunque per come collegato ad altra circostanza esterna), produttivo di danno, senza che venga in conto la relativa correlazione con la decisione.

screzionalità esaurita), quale modalità di risarcimento della stessa pretesa sostanziale¹¹².

Nella medesima prospettiva, di correlazione dell'estensione della responsabilità, e delle regole ad essa relative, al rilievo che viene ad essere conferito al piano prettamente sostanziale della condotta rispetto a quello proprio della funzione, riceve poi una decisiva giustificazione anche la previsione, di cui al co. 3 dell'art. 30 c.p.a., relativa alla riduzione del danno in ragione del mancato esperimento dei mezzi di tutela in forma specifica. Non si assisterebbe, infatti, per tale via, ad un'ingiustificata limitazione all'accesso giurisdizionale al risarcimento dei danni, atteso che la preminenza, che la situazione procedurale assume rispetto a quella risarcitoria, deriverebbe direttamente dalla stessa prevalenza del piano strutturale della funzione rispetto a quello proprio della responsabilità, nei termini in cui si è spiegato venirsi a declinare. Il rapporto tra tutela in forma specifica e tutela risarcitoria, attenendo l'una al piano interno procedurale, l'altra a quello prettamente sostanziale, rispecchia quindi, in questo senso, il livello conferito al rilievo prettamente sostanziale dell'azione amministrativa, sotto un profilo di carattere generale¹¹³.

112 Nell'ipotesi che si sta ora considerando, infatti, il danno di cui si chiede il risarcimento è quello che deriva dall'inadempimento in ordine alla produzione/non produzione dell'effetto, come tale riferibile alla lesione della situazione giuridica del privato procedurale concreta, a rilievo sostanziale, nel senso da noi rappresentato (cfr. *supra*, par. 2.1). In relazione alla lesione descritta, rileva, però, la particolare declinazione procedurale propria della situazione in questione (cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 135 ss.): detta declinazione, infatti, se rispetto alla situazione stessa può comportare che il giudice possa arrestarsi ad un accertamento parziale, nei limiti della discrezionalità esaurita (sul punto, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, II-1, cit., pp. 138 ss. e 234 ss.), consente pure, nel momento in cui viene in questione la tutela risarcitoria, di fare riferimento al medesimo profilo ai fini della considerazione del risarcimento; consente, cioè, di riferirsi, a tali fini, alla lesione come rivolta ad una situazione considerata in una dimensione prettamente sostanziale ponendosi nel senso descritto nel testo (nel senso, cioè, di una considerazione parziale della situazione giuridica, riguardata, ai fini risarcitori, in una dimensione prettamente sostanziale, quale possibilità di conseguire l'utilità in ordine all'esercizio della discrezionalità residua). Si badi che, in questo senso, non si sarebbe al cospetto della tutela risarcitoria della lesione di una pretesa ad un'utilità strumentale, ma di una modalità di declinazione del risarcimento del danno rispetto alla lesione di una situazione di pretesa all'utilità finale (cfr. ancora *Potere*, II-1, cit., *ivi*).

113 Più nello specifico, con riferimento alla rilevanza attribuita al piano prettamente sostanziale rispetto a quello procedurale, possono reputarsi possibili, in astratto, le seguenti alternative: a) si vuole conferire un rilievo massimo al profilo prettamente sostanziale dell'azione procedurale; in tale ipotesi, l'azione risarcitoria non è soggetta a limiti, e l'atto espressione dell'attività

Infine, e in particolar modo, nella prospettiva rappresentata si spiega il ruolo che assume il riconoscimento giuridico di situazioni prettamente sostanziali correlate a buona fede e correttezza, punto di partenza della nostra trattazione. Le situazioni in questione si presentano, infatti, quali idonee ad estendere l'ambito di responsabilità di un soggetto, che opera su un piano che riceve rilevanza quale modello processuale di accertamento, anche al di fuori della riparazione della lesione di un interesse a tale piano direttamente attinente, e del corrispondente regime di responsabilità.

Nell'ipotesi della buona fede, lo si è visto, a venire in rilievo non è difatti, in sé, una situazione di stampo procedurale, ma una situazione, appunto, prettamente sostanziale. Ci si situerebbe quindi, in tale evenienza, al di fuori della lesione di una situazione procedurale (astratta o concreta); nonché del relativo statuto di responsabilità da attività procedurale, con la conseguenza che la responsabilità amministrativa potrebbe venire ad assumere una differente regolamentazione, propria dei comuni rapporti di matrice sostanzialistica.

procedurale può essere disapplicato; b) si vuole dare un rilievo intermedio al profilo prettamente sostanziale in questione; in tale ipotesi, l'azione risarcitoria è ammissibile anche se l'atto non è annullato, ma è soggetta a possibili limiti, quali: b1) la riduzione del danno che poteva evitarsi sperando il rimedio in forma specifica, attraverso l'impugnazione dell'atto nell'ordine superiore o nel grado ulteriore del medesimo ordine procedurale (è quanto stabilito, con riferimento alla prima delle due declinazioni, dall'art. 30, co. 3, c.p.a., per il risarcimento del danno da parte della P.A.); oppure, con maggiore pregnanza, b2) la sottoposizione dell'ammissibilità dell'azione al previo esaurimento dei mezzi ordinari di impugnazione, cioè dei gradi interni del medesimo ordine procedurale (come avviene per la responsabilità dei magistrati, ai sensi dell'art. 2, l. n. 117/1988, secondo quanto ricordato *supra*, n. 102), o dei mezzi di impugnazione di un ordine processuale differente (è quanto è previsto per il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'art. 35 CEDU); c) si vuole attribuire un rilievo minimo al profilo prettamente sostanziale; in tale ipotesi, l'azione risarcitoria non è ammissibile se l'atto non è stato impugnato nell'ordine procedurale superiore, oppure in un grado superiore o con un mezzo di impugnazione straordinario se la responsabilità è relativa all'attività inerente al medesimo ordine procedurale, e se l'impugnazione non ha avuto esito positivo, portando all'annullamento dell'atto.

La limitazione a cui si sta facendo riferimento nel testo, di riduzione del danno risarcibile da parte della P.A. in ragione del mancato esperimento dei mezzi di tutela in forma specifica, trova dunque giustificazione nel senso descritto, all'interno dell'alternativa b1); non invece, si aggiunge, da un generale riferimento al principio del divieto di abuso del processo, secondo quanto affermato da Cons. St., ad. plen., n. 3/2011, cit., per come riportato *supra*, n. 81.