



14 LUGLIO 2021

Legittimo affidamento del privato nei  
confronti della p.a. e riparto di  
giurisdizione: *la storia infinita*

di Gabriele Serra  
Magistrato T.A.R. Calabria



# Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: *la storia infinita\**

di **Gabriele Serra**  
Magistrato T.A.R. Calabria

**Abstract [It]:** L'articolo affronta la questione inerente alla natura giuridica del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Analizzate le diverse posizioni emerse, l'A. offre un contributo alla qualificazione giuridica del legittimo affidamento, riconducendolo alla situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, descrivendo anche i precipitati in punto di riparto di giurisdizione e connotati della tutela risarcitoria che lo caratterizzano.

**Abstract [En]:** The article deals with the issue concerning the legal nature of the legitimate expectations of the private against the public administration. After analysing the various positions that have emerged, the author offers a contribution to the legal qualification of legitimate expectations, leading it to the legal situation of the so called *interesse legittimo*, describing the consequences in terms of distribution of jurisdiction and features of the protection of damages.

**Parole chiave:** riparto di giurisdizione; legittimo affidamento; natura giuridica; risarcimento; danno

**Keywords:** distribution of jurisdiction; legitimate expectations; legal nature; compensation; damages

**Sommario:** 1. Premessa. 2. La tesi dell'affidamento come diritto soggettivo indipendente dall'esercizio del potere. 3. La tesi dell'affidamento come interesse legittimo. 4. La tesi "intermedia" del diritto soggettivo connesso all'esercizio del potere. 5. La recente rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. 6. Un apporto alla ricostruzione della natura dell'affidamento. 7. Conseguenze sostanziali e processuali della inerenza dell'affidamento alla posizione di interesse legittimo. 8. Conclusioni.

## 1. Premessa

Le recenti ordinanze del Consiglio di Stato 9 marzo 2021 n. 2013, Sez. II e 11 maggio 2021 n. 3701, Sez. IV<sup>1</sup> accendono nuovamente i riflettori, se mai si fossero potuti considerare spenti, sul problema, di ormai almeno decennale interesse, della natura giuridica della posizione soggettiva dell'affidamento legittimo del privato nei confronti della pubblica amministrazione e del conseguente riparto di giurisdizione, principale conseguenza applicativa del dibattito.

Nel determinare l'ambito oggettivo della presente indagine giova, peraltro, ribadire come la determinazione della reale natura giuridica dell'affidamento che il privato possa vantare nei confronti della pubblica amministrazione con la quale entri in contatto, è tema emerso nella particolare vicenda dell'annullamento (giurisdizionale o in autotutela) di un provvedimento amministrativo illegittimo ma, al

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Entrambe reperibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

contempo, favorevole per il privato. Conseguentemente, non si rientra nella più tradizionale ipotesi di azione risarcitoria proposta a seguito di un'attività amministrativa illegittima lesiva della situazione giuridica soggettiva del privato, sia essa di interesse legittimo o di diritto soggettivo.

Nella presente circostanza, al contrario, il privato ha inizialmente visto – apparentemente – soddisfatto il proprio interesse, salvo poi, in seguito all'annullamento del provvedimento favorevole, rimanere pregiudicato. E allora egli, lamentando la lesione di una propria situazione giuridica soggettiva riconducibile alla – invero informale – posizione di affidamento maturato nei confronti dell'azione amministrativa, non potrà che richiedere un ristoro patrimoniale, essendo esso inevitabile e unico strumento di tutela, a fronte di un annullamento giurisdizionale o, egualmente, di un provvedimento di autoannullamento, di cui non si predichi l'autonoma illegittimità.

Le ordinanze citate rimettono all'Adunanza Plenaria la *quaestio iuris* in merito proprio al riparto di giurisdizione in relazione a tali tipologie di controversie, evidenziando la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale sia interno alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, giudice del riparto, che, “a cascata”, alla giurisprudenza amministrativa. Inoltre, le ordinanze pongono altresì all'Adunanza Plenaria, in ipotesi di ritenuta sussistenza della giurisdizione amministrativa, il quesito circa i presupposti necessari affinché possa ritenersi risarcibile l'affidamento.

È dunque necessario ripercorrere l'articolato dibattito giurisprudenziale e dottrinale in merito al riparto di giurisdizione, fino alle citate recenti ordinanze di rimessione all'Adunanza Plenaria, così da poter poi svolgere alcune considerazioni in merito alla qualificazione del legittimo affidamento, al riparto di giurisdizione e ai presupposti per la sua risarcibilità.

## **2. La tesi dell'affidamento come diritto soggettivo indipendente dall'esercizio del potere**

In particolare, la questione inerente la natura giuridica della posizione del privato lesa in presenza di un provvedimento favorevole, poi annullato perché illegittimo, senza voler effettuare un'analisi diacronica troppo risalente<sup>2</sup>, risulta essere stata scrutinata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con le note tre ordinanze gemelle del 2011<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Ci si intende riferire al contrasto insorto tra la sentenza delle Sez. Un. della Corte di Cassazione, 23 gennaio 2006, n. 1207, che aveva sostenuto che “qualora non venga in contestazione il legittimo esercizio dell'attività amministrativa – come avviene nel caso in cui l'atto amministrativo sia stato annullato o revocato (...) – l'azione risarcitoria rientra nella giurisdizione generale del giudice ordinario, non operando nella specie la connessione legale fra tutela demolitoria e tutela risarcitoria”, e la sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 febbraio 2006, n. 2, ove si legge, al contrario, che “la regola della concentrazione davanti al giudice dell'impugnazione, anche della cognizione della pretesa riparatoria, non conduce ad una diversa soluzione, quando la controversia sul risarcimento sia prospettata con autonomo, e successivo, ricorso, ossia dopo che il giudizio sul provvedimento si sia concluso e la relativa decisione sia passata in giudicato”.

<sup>3</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 23 aprile 2011, nn. 6954, 6955, 6956, in *Foro it.*, 2011, I, pp. 2387 ss., con nota critica di A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*. Condivide, al contrario, la tesi sostenuta dalle S.U.,

La tesi sostenuta dalla Suprema Corte in tali circostanze, ritiene di dover qualificare la posizione di legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. quale autonomo diritto soggettivo. In tal senso perciò, la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte per lesione di detta posizione spetterebbe al giudice ordinario, secondo le ordinarie regole di riparto.

Gli argomenti su cui tale tesi fa leva muovono, innanzitutto, dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 204 del 2004<sup>4</sup>, ritenendo che, in dette ipotesi, la pubblica amministrazione non agisca in veste di autorità. Invero, non sarebbe il provvedimento amministrativo favorevole ad essere fonte del danno poiché illegittimo, bensì esso sarebbe da inserirsi in un più generale comportamento scorretto dell'amministrazione, questo sì, fonte del danno sofferto dal privato. E poiché il risarcimento del danno non è una autonoma materia di giurisdizione esclusiva, le domande risarcitorie dovrebbero essere proposte innanzi al giudice amministrativo unicamente laddove fossero volte a ristorare un danno da provvedimento illegittimo. D'altronde, ritiene la Cassazione, l'annullamento retroattivo del provvedimento ne fa venir meno gli effetti *ex tunc*, perciò il danno lamentato dal soggetto non deriverebbe dal provvedimento stesso, bensì dal comportamento privatistico della P.A.

La ricostruzione proposta dalla Corte di Cassazione è stata fatta propria anche da una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale si premura di distinguere due possibili tipologie di domande risarcitorie avanzate dal privato in caso di provvedimento amministrativo favorevole, poi annullato poiché illegittimo. Da un lato, infatti, il privato potrebbe dolersi della illegittimità del provvedimento favorevole annullato: dall'altro potrebbe lamentare la – invero diversa – lesione del proprio affidamento, legittimamente maturato nei confronti dell'attività amministrativa posta inizialmente in essere, poi frustrato dal successivo annullamento<sup>5</sup>.

E allora, poste tali premesse, il Consiglio di Stato ritiene, affermando l'omogeneità di tale soluzione rispetto all'orientamento sopra citato espresso dalle Sezioni Unite, come solo nel primo caso si faccia questione di lesione dell'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo; nella seconda ipotesi invece, riprendendo l'insegnamento della giurisprudenza del G.O., la posizione giuridica soggettiva che si assume lesa sarebbe qualificabile in termini di diritto soggettivo, poiché, in buona sostanza, una volta annullato, il provvedimento amministrativo sarebbe *tamquam non esset* e perciò il danno sofferto, neppure mediatamente, riconducibile all'esercizio del potere amministrativo, con esclusione della giurisdizione del G.A.

---

R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), 5, 2011.

<sup>4</sup> Vedila in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 799, con note di V. CERULLI IRELLI e R. VILLATA.

<sup>5</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183, in *Danno e resp.*, 2014, 10, pp. 939 ss., con nota critica di M. MAZZOLA, *Ingiustizia del danno e antigiuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*.

In definitiva, si legge, nelle pronunce amministrative che condividono tale impostazione, che “appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda di risarcimento del privato per la lesione dell’affidamento in lui ingenerato dalla legittimità di atti amministrativi di cui era stato beneficiario e che poi sono stati annullati in sede giurisdizionale o anche in autotutela, in quanto tale giudizio s’incentra sulla violazione del dovere del *neminem laedere*, che prescinde dalla natura pubblica o privata dell’agente e della sua attività”<sup>6</sup>.

Tale orientamento ha peraltro trovato ulteriore e nuova linfa nella ordinanza n. 17586 del 2015, con la quale le Sezioni Unite della Cassazione hanno ribadito la propria posizione in materia, arricchendola di spunti argomentativi<sup>7</sup>.

In particolare, gli ermellini sostengono che “non è allora sostenibile che, quando il provvedimento richiesto sia attribuito dalla pubblica amministrazione al privato in forza di un agire illegittimo, si verifichi una lesione dell’interesse legittimo posto a fondamento della richiesta di emissione del provvedimento: tale lesione non può essersi verificata perché l’interesse risulta soddisfatto e perché dunque, essendo l’interesse legittimo fatto valere un interesse alla sua soddisfazione e non al provvedere su di esso in modo legittimo, l’ingiustizia cui allude l’art. 2043 manca nei riguardi del beneficiario”.

Altro fondamentale assunto della pronuncia della Cassazione afferma che “ciò che il privato, a seguito della nuova situazione determinatasi, denuncia è, in realtà, la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell’integrità del suo patrimonio”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 165 nonché Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2013, n. 4059. Merita riportare un ulteriore passaggio argomentativo, espresso da TAR Calabria, Reggio Calabria, 8 gennaio 2013, n.1, ove si legge che “la situazione di colui che, in forza di un interesse pretensivo, conseguiva, tramite il necessario provvedimento amministrativo, il bene della vita cui aspirava, e poi, a causa dell’illegittimità del medesimo provvedimento amministrativo, perde tale disponibilità, non ha tutela giuridica nei termini di risarcimento del danno dell’interesse legittimo di fronte al giudice amministrativo, perché la posizione di vantaggio che viene a mancare era scaturita da un’azione amministrativa idonea a produrla. Invece, sotto il profilo dell’ingiusta lesione dell’aspettativa, il provvedimento illegittimo, mentre (essendo stato posto nel nulla) non ha più effetto ampliativo, continua a rilevare esclusivamente quale mero comportamento degli organi che lo hanno adottato, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito, per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l’incolpevole convincimento (avendo questo il diritto di fare affidamento sulla correttezza dell’azione amministrativa) di poter legittimamente fruire del bene della vita che ne formava oggetto. La tutela dell’affidamento va ricondotta al paradigma generale dell’art. 2043 c.c. anche in punto di giurisdizione: viene, infatti, in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni dirette sull’esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento universali, il cui contenuto non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell’esercizio dell’attività amministrativa i principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza”. V., anche, adesiva a tale orientamento, TAR Abruzzo, L’Aquila, 19 marzo 2015, n. 192. Tutte le pronunce sono reperibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>7</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.2, 2016, p. 564, con nota critica di C.E. GALLO, *La lesione dell’affidamento sull’attività della pubblica amministrazione*.

<sup>8</sup> Per maggiore chiarezza, si riportano alcuni passaggi particolarmente rilevanti della pronuncia in discorso. “Essa (la lesione della integrità del patrimonio) emerge sotto il profilo dell’aver egli sopportato perdite e/o mancati guadagni a causa dell’agire della p.a. concretatosi nell’illegittima emissione del provvedimento, peraltro non già considerata sic et

Le Sezioni Unite si preoccupano inoltre di escludere che, neppure in presenza di controversie ricomprese tra le materie di cui all'art. 133 c.p.a., possa radicarsi la giurisdizione del giudice amministrativo, *sub specie* di giurisdizione esclusiva, nella quale, per l'appunto, al g.a. è devoluta anche la cognizione dei diritti soggettivi, alla cui categoria la Cassazione ha ricondotto il legittimo affidamento.

Ebbene, a tal proposito, argomenta il supremo consesso, come “non viene in rilievo una controversia su una questione di diritto soggettivo per come la suppone, secondo le espressioni usate, l'art. 7, comma 1, c.p.a., cioè una controversia relativa all'esercizio del potere amministrativo: e ciò né riguardo ad un provvedimento né riguardo ad un atto né riguardo ad un comportamento mediatamente riconducibile all'esercizio di quel potere”<sup>9</sup>.

L'orientamento in esame è stato nuovamente ribadito e confermato da successive pronunce delle Sezioni Unite, assumendo, a ben vedere, i connotati di tesi maggioritaria in giurisprudenza<sup>10</sup>.

Deve subito evidenziarsi, in senso critico, che non è per nulla convincente il richiamo al diritto soggettivo “all'integrità patrimoniale” svolto dall'orientamento in discorso. Esso infatti si fonda su una concezione

---

simpliciter come tale, cioè solo per la sua illegittimità, bensì in quanto, per le circostanze e le modalità concrete in cui l'agire illegittimo della p.a. concretatosi nell'adozione del provvedimento si è verificato, risulti che esso è stato idoneo sul piano causale a determinare un suo affidamento nella legittimità del provvedimento e quindi nella conservazione del beneficio attribuito dal provvedimento illegittimo e nella conseguente legittimità dell'attività (onerosa per patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si riveli, in quanto anch'essa travolta dalla sua illegittimità, come attività inutile e, dunque, fonte - in quanto onerosa - di perdite o mancati guadagni”.

<sup>9</sup> Prosegue sul punto l'ordinanza, chiarendo che “infatti, si deve in primo luogo considerare che tale controversia non si configura più, in quanto il modo di essere del potere risulta definitivamente accertato dalla decisione definitiva emessa in sede giurisdizionale o dal provvedimento di autotutela ormai consolidato. E ciò, nonostante il riferimento ai comportamenti anche mediatamente riconducibili all'esercizio del potere presente nell'art. 7, comma 1, atteso che esso sottende sempre che la controversia da introdursi dinanzi al g.a. concerne l'esercizio o il mancato esercizio del potere e, nel caso di mancanza del provvedimento o dell'atto, che il comportamento sia almeno astrattamente riconducibile ad un potere che non si doveva esercitare o che si doveva esercitare, ma sempre - è questo il dato che evidenzia il comma 1 dell'art. 7 - alla condizione che si controverta sull'esistenza delle condizioni per l'esercizio o il mancato esercizio e, quindi, sul potere della p.a. L'agire dell'amministrazione che viene in rilievo nella fattispecie dell'affidamento incolpevole da adozione di provvedimento favorevole illegittimo poi rimosso viene, invece, introdotto come fatto costitutivo della relativa azione senza che si evidenzi in alcun modo una controversia sull'esercizio o sul mancato esercizio del potere dell'amministrazione stessa”.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 22 giugno 2017, ord., n. 15640, in *Foro Amministrativo (II)* 2018, 3, 428, e Cass. Civ., Sez. Un., 2 agosto 2017, ord., n. 19170, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), che ribadisce il principio per cui la domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale ex art. 2043 cod. civ., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole. Cfr. anche Cass. Civ., Sez. Un., ord., 13 dicembre 2018, n. 32365, la quale, nell'affermare la sussistenza della giurisdizione del g.o., ha considerato che il ricorrente aveva, indefinitiva, lamentato una lesione della sua integrità patrimoniale, per violazione del principio generale di diligenza e buona fede, ai sensi dell'art. 2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rilevava in sé, ma solo per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole. Nella giurisprudenza amministrativa si v., ad es., Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 293, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

di danno ingiusto e, quindi, risarcibile, da sempre oggetto di critiche, fin dal noto caso De Chirico, nel quale si è affacciato per la prima volta nella giurisprudenza della Corte<sup>11</sup>.

Basti a tal proposito richiamare le autorevoli opinioni dottrinali che, sul punto, hanno affermato come tale impostazione non sia altro che “un rozzo espediente per contrabbandare come ingiusto qualsiasi danno al patrimonio, così da eludere la portata selettiva del criterio di ingiustizia”<sup>12</sup>, nonché “un tributo che i giudici pagano all’esigenza di un sistema di tutela che ancora si vuole impostato sulla titolarità dei diritti soggettivi”<sup>13</sup>.

Nella presente circostanza allora, non può che riconoscersi come la Cassazione sia tornata ad abbracciare antichi “amori” mai sopiti, non riconoscendo piena portata applicativa al *revirement* operato dalla nota sentenza n. 500/1999 e, in ipotesi indiscutibilmente di difficile ricostruzione, quale quella che qui si esamina, estende oltre il suo limite naturale il confine del diritto soggettivo, laddove avrebbe più correttamente potuto riconoscere come la posizione giuridica soggettiva lesa sia invero l’interesse legittimo<sup>14</sup>.

D’altronde, l’esistenza di un diritto all’integrità del patrimonio, determinerebbe di per sé la qualificazione di illecito di qualsivoglia danno patrimoniale, poiché esso si verificherebbe sempre e a prescindere dalla titolarità, in capo al danneggiato, di una posizione giuridica soggettiva autonoma<sup>15</sup>.

Di tale ultimo aspetto critico, ma solo di esso, è apparsa consapevole la stessa Corte di Cassazione, che, con una importante sentenza, è tornata sul tema, ribadendo tuttavia le conclusioni già raggiunte, ma chiarendo comunque il profilo problematico in ordine alla qualificazione della situazione giuridica soggettiva come diritto all’integrità patrimoniale.

In tale direzione si sono mosse le Sezioni Unite, con la sentenza 28 aprile 2020, n. 8236, resa in una fattispecie peraltro ancor più peculiare, in quanto la lamentata lesione dell’affidamento del privato sarebbe derivata non già da un provvedimento favorevole poi annullato, bensì dal comportamento “ondivago” dell’amministrazione, pur in assenza dell’adozione di un provvedimento favorevole<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> V. Cass. Civ., 4 maggio 1982, n. 2756, in *Foro it.*, 1982, I, 2864.

<sup>12</sup> Cfr. F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e Impr.*, 1985, p. 10.

<sup>13</sup> Cfr. A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. Civ.*, 1982, I, pp. 2739 e ss.

<sup>14</sup> Si ricorda che la sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, è reperibile in *Resp. civ. e prev.*, 1999, pp. 981 e ss., con nota di F. BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione* e di G. ALPA, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*.

<sup>15</sup> Cfr. P. G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, in *Trattato sulla responsabilità civile*, diretto da P. G. MONATERI, Torino, 2013, p. 58.

<sup>16</sup> Vedila in *Foro Amministrativo (II)* 2020, 10, 1834. Su tale decisione v. i contributi di G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la “resistibile ascesa” del contatto sociale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); V. NERI, *La tutela dell’affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. app.*, n. 6/2020, pp. 794 ss.; M. FILIPPI, *Il principio dell’affidamento nei confronti della pubblica amministrazione riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 11 febbraio 2021; F. FERRETTI, *Lesione dell’affidamento del privato ad opera dalla P.A. e conseguenze sul riparto di giurisdizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); S. ROSATI, *Danno da affidamento procedimentale: le Sezioni Unite. Nota a Cass., SS.UU. civ., sent. 8236 del 28/04/2020*, in [www.giuricivile.it](http://www.giuricivile.it).

Per quanto qui rileva, la sentenza chiarisce che non sia corretta la qualificazione della posizione tutelata come diritto all'integrità patrimoniale, in quanto "il patrimonio di un soggetto, infatti, è l'insieme di tutte le situazioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo. La conservazione dell'integrità del patrimonio, pertanto, altro non è che la conservazione di ciascuno dei diritti, e delle altre situazioni soggettive attive, che lo compongono. La nozione di "diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio" risulta dunque, in definitiva, priva di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto".

Tuttavia, la decisione in discorso, afferma come tale situazione debba comunque essere definita in termini di diritto soggettivo, "nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede", qualificando la natura della responsabilità dell'amministrazione in siffatte ipotesi come responsabilità da contatto sociale qualificato, ai sensi dell'art. 1173 c.c.: "il contatto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta l'art. 1175 c.c. (correttezza), art. 1176 c.c. (diligenza) e art. 1337 c.c.(buona fede)"<sup>17</sup>.

Da ultimo peraltro, le Sezioni Unite paiono essersi fatte carico anche di considerare che con la legge 11 settembre 2020, n. 120, è stato inserito nell'art. 1 della L. 241/1990 il comma 2-bis, che espressamente prevede che "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

Mantenendo ferma la tesi sin qui esposta, rilevano le Sezioni Unite che "la buona fede che qui rileva non è quella che l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo menziona, quale forma del rapporto fra

---

<sup>17</sup> La tesi è stata poi nuovamente confermata da Cass. Civ., Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615, in *Diritto & Giustizia*, 18 gennaio 2021, con nota di I. LEVERONE, *Il risarcimento di un danno da comportamento della P.A. rientra nella giurisdizione del giudice ordinario*, la quale amplia peraltro il richiamo, già citato dalla sentenza del 2020, all'orientamento giurisprudenziale espresso dal Cons. Stato nella sentenza n. 5 del 2018 (si legga anche la più recente nella sentenza n. 7237 del 2020), secondo cui "nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)".



cittadino e pubblica amministrazione unitamente alla collaborazione, e che corrisponde non alla regola di diritto civile, ma a un principio generale dell'ordinamento che ha la funzione, al pari della collaborazione, di modellare l'esercizio del potere fronteggiato dall'interesse legittimo (...), la correttezza che emerge con la lesione dell'affidamento è quella cui si correla una posizione di diritto soggettivo”<sup>18</sup>.

Per esigenze di completezza, merita spendere alcune considerazioni sulle tesi dottrinali che riconducono, a livello generale e non con precipuo riferimento al legittimo affidamento, le facoltà procedimentali a veri e propri diritti soggettivi<sup>19</sup>; all'evidenza infatti, l'eventuale accoglimento di siffatte impostazioni dogmatiche dovrebbe condurre a qualificare proprio quest'ultimo come diritto soggettivo.

In merito a detta impostazione, è interessante notare come l'opinione maggiormente accreditata in ordine alla qualificazione delle facoltà procedimentali quali diritti soggettivi, parta proprio dal rinnovato rapporto tra p.a. e privato, in condizione di parità e non di supremazia, distinguendo tra la fase procedimentale in senso stretto e la fase provvedimentale<sup>20</sup>.

Solo tale ultima sarebbe allora piena estrinsecazione e manifestazione del potere, così individuandosi necessariamente in capo al privato una posizione di interesse legittimo, laddove, nella fase procedimentale, l'amministrazione esercita una attività “di natura non diversa rispetto a quella che l'ordinamento attribuisce a soggetti privati” e, perciò, “le pretese partecipative possono ben essere qualificate come diritti soggettivi cui corrispondono obblighi e non semplici doveri dell'amministrazione”<sup>21</sup>.

Nel comprendere allora quale rapporto vi dovrebbe essere, tra i diritti soggettivi “partecipativi” così delineati e l'interesse legittimo, altra raffinata dottrina ha distinto diverse finalità del procedimento amministrativo.

Da un lato, “quella di tutelare la dignità del cittadino”, in una evidente logica di democratizzazione dell'azione amministrativa, dall'altro “quella, eventuale, di consentirgli di difendere nel procedimento un suo interesse materiale indirizzando il potere della pubblica amministrazione”<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 11 maggio 2021, n. 12428, in *Diritto & Giustizia*, 12 maggio 2021, con nota di R. VILLANI, *Sul danno cagionato al privato decide il lodo arbitrale solo se c'è lesione dell'affidamento riposto nell'emanazione del provvedimento amministrativo*.

<sup>19</sup> Sul punto, si possono richiamare i lavori di E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, pp. 337 e ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, pp. 199 e ss.; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, pp. 49 e ss. Si ritiene altresì doveroso richiamare la tesi di M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, pp. 557 e ss., che riconosce ad alcune facoltà natura di diritto soggettivo e ad altre di interesse legittimo.

<sup>20</sup> Cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 76.

<sup>21</sup> Così ancora A. ZITO, *op. cit.*, p. 131.

<sup>22</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, 2, in *Enc. Dir.*, 1998, p. 985; recentemente F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, 2017, p. 244, ne ha efficacemente sintetizzato i profili di maggior interesse, tra cui: “le norme procedimentali hanno la precipua ed immancabile finalità di riequilibrare il rapporto tra amministrazione e cittadino, ponendo a carico della prima doveri di correttezza che non possono ritenersi

Poste tali premesse di carattere generale, è indubbio che l'eventuale adesione alla tesi dottrinale che riconosce natura di diritti soggettivi alle pretese partecipative, apre alla possibilità di qualificare il legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. anch'esso come diritto soggettivo, fornendo un supporto alla tesi sposata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Ma, a ben vedere, ampliando ulteriormente lo spettro di indagine in questo ambito, non si può non dar conto anche di quell'impostazione teorica che ritiene che il rapporto amministrativo sia - sempre - da ricostruire in termini di diritto-obbligo, a prescindere dalla fase in cui esso si trova.

Ora, pur non potendosi affrontare ampiamente la questione, poiché inerente invero alla stessa possibilità di considerare ancora esistente, a livello generale, la categoria dell'interesse legittimo quale situazione soggettiva distinta dal diritto soggettivo, merita spendere solo alcune brevissime considerazioni sul punto, richiamandosi alla recente dottrina, a cui si rinvia per un esame approfondito della problematica<sup>23</sup>.

La logica di partenza della riconducibilità dell'interesse legittimo al diritto soggettivo e la sua, conseguente, inconfigurabilità, si individua nella sua ormai acclarata natura di situazione giuridica attiva, il che ne determinerebbe una incompatibilità logica con la pretesa situazione di potere della p.a., situazione anch'essa attiva<sup>24</sup>.

La posizione del privato viene, al contrario, individuata in un vero e proprio diritto soggettivo al rispetto degli obblighi procedimentali che gravano sulla p.a., sì da venir definito come un diritto alla legittimità dell'azione amministrativa, espungendo peraltro, secondo una declinazione di questa tesi, il merito amministrativo dalla possibile tutela, divenendo esso "insindacabile"<sup>25</sup>.

---

immediatamente finalizzati alla più favorevole disciplina di un interesse materiale del cittadino", dovendosi invece valutare come "tendenti a garantire il rispetto dovuto alla persona in quanto tale, a prescindere dal fatto che dalla loro osservanza possano o meno derivare ad essa vantaggi di carattere patrimoniale". È ancora, "il diritto di partecipare al procedimento; quello di ricevere risposta alla propria richiesta di provvedimento; quello di vedere concluso il procedimento tempestivamente e senza aggravamenti; quello di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione; quello di veder prese in esame le osservazioni presentate; quello di veder motivata la decisione che ci colpisce nelle nostre aspettative; costituirebbero tutti non già (o meglio non soltanto) situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che viene quindi protetto sub specie di interesse legittimo, ma appunto diritti in sé e per sé, la cui lesione determina tout court un dovere di risarcimento a carico della pubblica amministrazione". Nella stessa scia si è posta poi anche ulteriore e successiva dottrina Cfr. L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 850 e ss.

<sup>23</sup> Ci si riferisce, all'evidenza, a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, cit., pp. 261 e ss., ove l'A. ripropone ed efficacemente sintetizza le posizioni degli autori della scuola fiorentina che hanno, variamente, sostenuto la tesi della inattualità dell'interesse legittimo e della sua riconducibilità al diritto soggettivo.

<sup>24</sup> Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 106.

<sup>25</sup> Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, p. 166. Rispetto all'insindacabilità del merito, non si può dar conto del fatto che "è esatto dire che il merito è insindacabile, ma solo da parte del giudice, e salva l'indagine di eccesso di potere. Prima e fuori dal giudizio le scelte di merito, che spettano all'amministrazione, possono essere influenzate dall'esercizio del (delle facoltà inerenti al) interesse legittimo; ed è sindacabile in sede di autotutela e di ricorsi amministrativi" (F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, cit., p. 264, nota 118).

All'evidenza dunque, anche l'adesione a questa impostazione, che, si anticipa, non è condivisibile, non può che condurre a qualificare l'affidamento come diritto soggettivo, non residuando, in generale, alcuno spazio di configurabilità della situazione soggettiva dell'interesse legittimo.

### 3. La tesi dell'affidamento come interesse legittimo

La ricostruzione giurisprudenziale fin qui descritta non è condivisa da altro orientamento giurisprudenziale, fatto proprio anche dalle ordinanze di rimessione all'Adunanza Plenaria e da un consistente filone dottrinale, i quali evidenziano la sua inadeguatezza, tanto sul piano pratico, quanto su quello teorico, pur condividendo la applicabilità di una tutela risarcitoria per l'affidamento leso in siffatte ipotesi.

Sul piano pratico, si rileva come, essendo il provvedimento amministrativo favorevole per un soggetto, questo potrebbe essere ritenuto lesivo della propria sfera giuridica da altro soggetto. E quindi la giurisdizione, seguendo la posizione della giurisprudenza di Cassazione, varierebbe a seconda del soggetto che proponesse la domanda risarcitoria.

Volendo esemplificare, in materia edilizia il proprietario del fondo vicino a quello del soggetto che abbia ricevuto un permesso di costruire che ritenga di esperire azione risarcitoria autonoma – oggi possibile ai sensi dell'art. 30 c.p.a. – dovrebbe adire il giudice amministrativo. Al contrario, laddove la domanda risarcitoria dovesse essere proposta dal destinatario del provvedimento inizialmente da esso favorito e poi pregiudicato dal suo annullamento, essa dovrebbe essere proposta innanzi al giudice ordinario.

In altre parole, la soluzione appare insoddisfacente, poiché “innanzitutto, si consente a due giudici diversi di pronunciare su questioni quasi identiche, con possibilità di contrasto fra giudicati; in secondo luogo, si moltiplicano i giudizi riguardanti un'unica vicenda, essendo il controinteressato soccombente nel giudizio impugnatorio costretto a proporre, per ottenere il risarcimento del danno, un nuovo giudizio dinanzi al giudice ordinario”<sup>26</sup>.

Merita in questa sede subito specificare che la ragione pratica richiamata da tale orientamento, pur se di per sé inidonea a fornire un argomento decisivo, non è privo di pregio giuridico.

In tal senso, infatti, la concentrazione processuale tra domande diverse, anche proposte da soggetti diversi, ma aventi ad oggetto la stessa *causa petendi*, è uno degli obbiettivi che si sono perseguiti nella recente legislazione processuale, attuata da ultimo col codice del processo amministrativo. È infatti questo obbiettivo che emerge dall'art. 7 c.p.a., nella parte in cui attribuisce alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie involgenti, anche mediamente, l'esercizio di poteri amministrativi.

---

<sup>26</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, 20 gennaio 2015, n. 218, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nello stesso senso, vedi anche T.A.R. Toscana, Sez. III, 24 agosto 2015, n. 1168, sempre in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

D'altronde, l'attribuzione alla giurisdizione di un unico giudice di domande involgenti la stessa fattispecie risponde al principio dell'effettività della tutela, oggi peraltro in fase di sempre maggiore ampliamento, alla luce della giurisprudenza europea. Appaiono condivisibili sul punto dunque, le considerazioni svolte in dottrina circa la riduttività della lettura proposta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del rapporto potere/risarcimento, idonea a pregiudicare anche l'iter evolutivo compiuto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della stessa Corte di Cassazione<sup>27</sup>.

Chiarito quindi come non appaia irrilevante il richiamo all'argomentazione pratica sopra descritto, ancor più interessante appare l'argomentazione teorica che anima l'orientamento qui in esame.

In particolare, il principio statuito da dette pronunce afferma che "l'affidamento arricchisce il contenuto delle situazioni giuridiche che fanno capo ai soggetti che sono parti di un rapporto giuridico, assumendo contenuto e qualificazione diversi a seconda delle diverse situazioni sulle quali esso incide. In particolare, nel rapporto giuridico tra potere autoritativo da una parte e interesse legittimo dall'altra, è a questa situazione giuridica soggettiva che l'affidamento inerisce, arricchendola".

E, quale conseguenza, "la lesione dell'affidamento provocato dall'esercizio scorretto del potere determina sempre la lesione della situazione giuridica sostanziale tipica che si instaura fra il cittadino e la p.a., quando la seconda esercita le proprie potestà pubblicistiche, vale a dire l'interesse legittimo; senza che possa distinguersi (e senza che tale distinzione sia utile ai fini risarcitori) fra il caso in cui l'esercizio scorretto del potere abbia determinato la reiezione di un'istanza e quello in cui ne sia invece conseguito l'accoglimento"<sup>28</sup>.

Conseguenza processuale di tale considerazione sarebbe la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto domande risarcitorie per lesione dell'affidamento maturato dal privato nei confronti di un provvedimento favorevole ma illegittimo, essendo tale posizione invero inestricabilmente connessa all'interesse legittimo sottostante<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> V. M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *Federalismi.it*.

<sup>28</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, n. 218/2015, *cit*.

<sup>29</sup> Recentemente, si sono espresse in questo senso T.A.R. Piemonte, Torino, 28 aprile 2020, n. 8236, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha rilevato che nelle ipotesi di esercizio di poteri di ritiro, a cui consegue la lesione dell'affidamento del privato, la complessità della fattispecie causativa del danno non giustifica la disconnessione con l'esercizio del potere, in quanto il provvedimento non recede a fatto storico espressione di un mero comportamento, relativamente soltanto al quale potrebbe ipotizzarsi la sussistenza della giurisdizione ordinaria; di tal che il comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione all'interno del procedimento non può ritenersi sconnesso dall'esercizio del potere nemmeno nei casi in cui sia stato legittimamente esercitato; e T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 16 marzo 2021, n. 875, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha ritenuto altresì di sottolineare come "in tali fattispecie va valutato il senso complessivo dell'agire amministrativo, che, nelle fasi dell'adozione dell'atto ampliativo illegittimo e della decisione legittima di annullarlo in autotutela, è indiscutibilmente di tipo pubblicistico e si traduce nell'adozione di provvedimenti amministrativi di primo e secondo grado, la cui cognizione, in caso di impugnazione, spetta al giudice amministrativo. Diversamente da quanto ritenuto dalle Sezioni Unite, il Collegio ritiene che la sussistenza dell'esercizio di un vero e proprio potere pubblicistico,

#### 4. La tesi “intermedia” del diritto soggettivo connesso all’esercizio del potere

Si deve peraltro rilevare come una posizione mediana, condivisa tanto in dottrina<sup>30</sup>, quanto in giurisprudenza<sup>31</sup>, intenda aderire alla considerazione per cui il comportamento della p.a. sia riconducibile – mediatamente – all’esercizio del potere, ma qualifichi l’affidamento del privato come diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo nelle sole materie di giurisdizione esclusiva.

In altre parole, tale tesi critica l’assunto espresso dall’orientamento maggioritario, ma non già sul piano della qualificazione della posizione giuridica soggettiva lesa del privato, che sarebbe correttamente inquadrata quale diritto soggettivo, bensì sul piano della asserita non riconducibilità all’esercizio del potere amministrativo della lesione cagionata a tale posizione.

Alcune decisioni anche delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, in senso conforme a questa tesi, affermato che “l’azione amministrativa illegittima composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi - non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare, essendo controverso l’agire provvedimento nel suo complesso, del quale l’affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione”<sup>32</sup>.

Tale orientamento è stato peraltro espressamente confutato dalla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 8236/2020, che sul punto ha ribadito come le considerazioni esposte dalla tesi “mediana” dimenticano

---

a fronte del quale si configurano interessi legittimi rientranti nella cognizione del giudice amministrativo, non è intaccata dall’insorgenza di un affidamento del privato sulla stabilità degli effetti, che non è idoneo a spostare la vicenda sul piano privatistico dei diritti soggettivi. In altri termini, non corrisponde alla realtà fattuale del dispiegarsi dell’azione amministrativa l’affermazione secondo la quale la pretesa al risarcimento non consegue all’illegittimità dell’atto, ma all’affidamento ingenerato dal comportamento colpevole dell’amministrazione, in quanto il privato ha lamentato una lesione della sua integrità patrimoniale “rispetto alla quale l’esercizio del potere non rileva in sé, ma solo per l’efficacia causale del danno evento”. È, infatti, vero, il contrario, ovvero sia che l’affidamento del privato alla stabilità degli effetti di un atto illegittimo ritirato è strettamente connesso all’esercizio del potere amministrativo, a fronte del quale si configurano interessi legittimi, la cui cognizione spetta al giudice amministrativo”.

<sup>30</sup> V. R. DI PACE, *La giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole*, in GAROFOLI – TREU (a cura di), *Il libro dell’anno del diritto*, Treccani 2012, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>31</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 10 dicembre 2014, n. 6461, ove si legge, con motivazione ampia, che “l’art. 133, comma 1, lettera e), numero 1, cpa prevede la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie “relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture ... ivi incluse quelle risarcitorie”; l’art. 30, ultimo comma, cpa statuisce, a sua volta, che “di ogni condanna al risarcimento di danni per lesione di interessi legittimi o, nella materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo”. Dal combinato disposto di tali norme deriva che devono ritenersi devolute al giudice amministrativo le azioni risarcitorie autonome riferite alla lesione di un diritto soggettivo qualora vengano in considerazione controversie rientranti nella sua giurisdizione esclusiva e, pertanto, principalmente quelle aventi ad oggetto le procedure di evidenza pubbliche finalizzate alla aggiudicazione di appalti. Tale affermazione va mantenuta ferma non solo qualora il ricorrente, dopo avere ottenuto l’annullamento di una aggiudicazione illegittima, chieda il risarcimento dei danni subiti per non essere risultato affidatario dell’appalto, ma anche quando contesti alla Amministrazione di averlo coinvolto in una trattativa inutile, aggiudicandogli illegittimamente l’appalto ovvero, come nel caso di specie, di averlo intrattenuto in una procedura quasi culminata nel provvedimento finale, ingenerando un affidamento qualificato nella correttezza della gara e dei suoi esiti e pur sapendo che pendeva un ricorso proposto da un terzo col quale si contestava viceversa l’illegittimità della procedura”; Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 857; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 20 giugno 2012, n.312, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>32</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 21 aprile 2016, n. 8057, in *Diritto & Giustizia*, 5 ottobre 2016; Cass. Civ., Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454, in *Foro Amministrativo (II)*, 2018, 1, 4.

che la lesione di cui si discute non è causata dal provvedimento favorevole (illegittimo - e, perciò, giustamente annullato - ma non dannoso per il suo destinatario), bensì dalla fattispecie complessa costituita dall'emanazione dell'atto favorevole illegittimo, dall'incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità e dal successivo (legittimo) annullamento dell'atto stesso"; per cui le regole del diritto pubblico non assumono alcuna rilevanza per la lesione, essendo in tal senso decisive le regole privatistiche della violazione della buona fede e della correttezza<sup>33</sup>.

#### 4. La recente rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

Come anticipato, le recenti ordinanze di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato della questione in esame, rese a pochi mesi di distanza l'una dall'altra dalla Sez. II e dalla Sez. IV, si pongono in termini adesivi alla seconda delle menzionate opzioni ermeneutiche.

In particolare, oltre alle ragioni già espresse sopra, che vengono riprese dalle ordinanze in esame<sup>34</sup>, si evidenzia che “la pretesa risarcitoria – quando si basa su quanto è accaduto in sede di esercizio del potere amministrativo ‘autoritativo’ o nel corso del procedimento amministrativo – non è riconducibile ad un comportamento o a una condotta di rilievo privatistico o svolta ‘in via dimero fatto’ e che potrebbe essere serbata da un *quisque de populo* in spregio al principio del *neminem laedere*, ma si duole dell’esercizio (o del mancato esercizio) del potere amministrativo, disciplinato dal diritto pubblico”.

Nondimeno, quanto all’argomento per cui la violazione delle regole di condotta non è causa di invalidità dell’atto, bensì fonte di responsabilità civile, si evidenzia come esso non risulti decisivo nel senso dell’affermazione della giurisdizione del giudice civile, ma anzi sia erroneo, in quanto la tutela dell’affidamento dovrebbe essere ricondotta ad un “principio”, peraltro generale, dell’ordinamento, piuttosto che ad una situazione soggettiva, attraverso il quale verificare il comportamento delle parti nel rapporto che tra loro si svolge e che, se violato, dà luogo a responsabilità risarcitoria che, come da tempo

<sup>33</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., n. 8236/2020, *cit.*

<sup>34</sup> Viene particolarmente avvertita in entrambe le decisioni l’esigenza di concentrazione della tutela davanti al giudice amministrativo, in quanto “l’opposta soluzione potrebbe condurre ad esiti disarmonici, atteso che, in base ad essa, laddove il risarcimento venga chiesto dal controinteressato – titolare di un interesse legittimo speculare a colui che ha ottenuto dalla pubblica amministrazione – per i danni causatigli da un provvedimento illegittimo vi sarebbe giurisdizione del giudice amministrativo su tale domanda, mentre, qualora la domanda risarcitoria sia avanzata dal soggetto destinatario del medesimo illegittimo provvedimento (a lui favorevole), la giurisdizione si radicherebbe presso l’autorità giudiziaria ordinaria. Da uno stesso giudizio dinanzi al giudice amministrativo sul provvedimento, conclusosi con pronuncia caducatoria, potrebbero, quindi, gemmare due differenti domande risarcitorie, vagliate da due differenti plessi giurisdizionali, il che non sembra conforme alla coerenza del sistema processuale, nonché ai principio di parità di trattamento ed concentrazione delle tutele, considerato peraltro che la Corte costituzionale, con la sentenza 15 luglio 2016, n. 179, ha precisato che «l’ordinamento non conosce materie “a giurisdizione frazionata”, in funzione della differente soggettività dei contendenti». (Cons. Stato, Sez. II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013, *cit.*).

chiarito, non è solo una tecnica di tutela, ben esperibile anche davanti al giudice amministrativo e non “una materia da ripartire”<sup>35</sup>.

Le citate ordinanze, nella medesima direzione, rimettono altresì all’Adunanza Plenaria, nel caso si ritenesse sussistente la giurisdizione amministrativa, altresì i quesiti in merito ai presupposti necessari per accordare tutela risarcitoria all’affidamento del privato, nell’ambito dei quali, di particolare interesse è il riferimento alla circostanza inerente alla verifica circa la spettanza del bene della vita al privato per la sua ristorabilità.

In tal senso, l’ordinanza n. 2013/2021, ritiene che nell’ipotesi in cui l’interessato abbia chiesto all’amministrazione il rilascio di un provvedimento ampliativo della propria sfera soggettiva (anche, eventualmente, in via implicita mediante denuncia di inizio attività o strumenti analoghi), che è stato emesso e poi annullato in sede giurisdizionale, anche qualora vi sia un atteggiamento del privato connotato da buona fede, l’eventuale aspettativa non sarebbe, in ogni caso, legittima, siccome basata su una pretesa non tutelata dall’ordinamento.

Inoltre, la successiva ordinanza n. 3701/2021, nel distinguere tra l’ipotesi di autoannullamento e quella di annullamento giurisdizionale, ritiene, quanto alla prima, che “non può che affermarsi la sussistenza di un principio di non contraddizione, per il quale l’Amministrazione – qualora abbia riscontrato di avere emanato un provvedimento illegittimo – non può essere posta nella asistemica alternativa di annullare tale provvedimento e di dovere risarcire il danno al beneficiario dell’atto illegittimo, oppure di non annullare affatto il provvedimento, per evitare la proposizione della domanda risarcitoria”; quanto alla seconda, che “ammettere che il controinteressato soccombente possa chiedere il risarcimento del danno, nei confronti della autorità emanante, significa affermare che in ogni caso il beneficiario del provvedimento illegittimo non risponderebbe delle conseguenze di tali illegittimità e anzi di esse comunque si avvantaggerebbe, poiché la sua soccombenza rispetto alla domanda d’annullamento sarebbe ‘compensata’ dalla sua possibilità di ottenere il ristoro economico dall’Amministrazione, rendendo irrilevante se non altro il principio di autoreponsabilità”.

## **6. Un apporto alla ricostruzione della natura dell’affidamento**

Così riassunto il dibattito, si pone, in buona sostanza, la necessità di comprendere se, come affermato dalla giurisprudenza, quantomeno ampiamente maggioritaria, della Corte di Cassazione, il privato vanta un diritto soggettivo fondato sul dovere di comportamento secondo buona fede dell’amministrazione che si assume violato, ovvero se tale dovere permei i rapporti tra privato e p.a. unicamente nel senso di integrare la basilare situazione giuridica soggettiva che il privato vanta, i.e. l’interesse legittimo.

---

<sup>35</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, ord. 11 maggio 2021 n. 3701, *cit.*

Chiarito come il danno derivi al privato dall'adozione di un provvedimento favorevole illegittimo, non già dal suo annullamento, ad avviso di chi scrive, la lesione che si realizza in capo al destinatario dell'attività amministrativa si manifesta in rapporto all'interesse legittimo che egli vanta rispetto al conseguimento del bene della vita.

Sembra, in realtà, doversi riconoscere come sia la oggi acclarata natura sostanziale dell'interesse legittimo a imporre tale considerazione<sup>36</sup>. In tal senso, il primo provvedimento, era solo apparentemente favorevole per il privato, ma, a ben vedere, inidoneo a soddisfare il suo interesse al conseguimento del bene della vita.

È questo il passaggio argomentativo che pare essere cruciale nella soluzione della problematica in esame. Se l'interesse legittimo rappresenta quella posizione di vantaggio del privato al conseguimento del bene della vita cui egli anela, allora non si comprende come possa affermarsi che il suo interesse non sia stato frustrato dal provvedimento illegittimo della p.a.

In questi termini allora, si deve rilevare come appare operare una inversione logico-dogmatica l'affermazione che si legge nella giurisprudenza favorevole alla tesi del diritto soggettivo, laddove afferma che sarebbe corretto sostenere la tesi opposta, “solo se l'interesse legittimo pretensivo si identificasse come situazione giuridica non già con l'interesse all'emanazione del provvedimento favorevole (sebbene all'esito dell'esercizio del potere della p.a.) e, dunque, in un interesse da soddisfarsi con la sua adozione se ne sussistano le condizioni, bensì nel mero interesse a che la p.a. provveda sulla richiesta esercitando un'attività legittima”<sup>37</sup>.

Al contrario, ciò che permea di contenuto l'interesse legittimo, nella sua prospettiva sostanziale, è l'interesse al conseguimento definitivo del bene della vita, essendo del tutto indifferente – per il privato – che l'amministrazione glielo attribuisca legittimamente<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Ci si intende riferire alla posizione, ancora attuale, di M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1994, p. 96, per il quale l'interesse legittimo è “posizione di vantaggio in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo, consistente nell'attribuzione di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, di modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità”.

<sup>37</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, *cit.*

<sup>38</sup> In senso critico rispetto a questa impostazione si V. C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, *cit.*, che, nel criticare la decisione della Cassazione, sostiene però che “l'interesse legittimo, inoltre, è correlato al legittimo esercizio del potere, nel senso che lo richiede, poiché nel nostro ordinamento (come in qualunque ordinamento giuridico), non è ipotizzabile che vi sia una posizione di vantaggio che possa essere acquisita e mantenuta anche se è frutto di un'attività illecita o comunque contrastante con il diritto: anche nei rapporti tra privati, la posizione di vantaggio in tanto è riconosciuta in quanto corrisponda alle regole fissate dall'ordinamento(...) Il collegamento della posizione del cittadino con la legittimità dell'attività amministrativa, il riconoscimento cioè che vi è una posizione giuridica del privato rispetto all'attività amministrativa che lo riguarda, con la sottolineatura però che questa posizione corrisponde innanzitutto alla pretesa che l'amministrazione rispetti la legge dalla quale la posizione del cittadino è tutelata, non è revocabile in dubbio”. A nostro avviso, tali considerazioni sono certamente condivisibili, ma non inficiano quanto in queste pagine affermato, poiché è chiaro che il privato non potrà conseguire il bene della vita se non legittimamente, ma non è men vero che il suo interesse è quello alla acquisizione definitiva: interesse che, secondo l'impostazione qui



La considerazione per cui sia la definitività – e non la legittimità – dell’attribuzione del bene, ad atteggiarsi a connotato tipico della posizione di interesse legittimo, non può allora che condurre al rovesciamento dell’assunto prospettato dalla Cassazione, poiché un provvedimento favorevole, ma illegittimo, in quanto non definitivo, non soddisfa l’interesse legittimo vantato dal privato.

Per meglio spiegare questa impostazione, occorre ricordare, ed è questo forse l’equivoco di fondo, che la consistenza dell’interesse legittimo non può essere determinata sulla base delle forme di protezione di esso, che, in ragione della sua natura di posizione a soddisfazione non garantita, che “dialoga” con l’esercizio del potere<sup>39</sup>, consistono nell’esercitare i poteri attribuiti dall’ordinamento per influire sull’esercizio del potere, affinché ciò avvenga in modo legittimo.

E tuttavia, non è questo l’interesse materiale che costituisce il *proprium* dell’interesse legittimo, essendo esso invece il conseguimento del bene della vita; in altre parole, la pretesa alla legittimità rappresenta la forma di protezione dell’interesse del privato, che mira al conseguimento del bene della vita.

Ecco che allora il privato vedrà soddisfatto pienamente il proprio interesse materiale al conseguimento del bene della vita solo quando l’attribuzione che gliene abbia fatto la p.a. sia definitiva e, per essere tale, non può essere illegittima, poiché, in questo caso, il provvedimento potrebbe essere oggetto di annullamento giurisdizionale o in autotutela.

Se tali evenienze si verificano allora, emerge la non soddisfazione dell’interesse legittimo, poiché il privato perde il bene della vita che gli era stato attribuito dal provvedimento favorevole. Senz’altro questo non produce una lesione risarcibile corrispondente al mancato ottenimento del bene della vita, poiché, come detto, l’interesse legittimo non è a soddisfazione garantita, ma si ritiene che proprio il principio di tutela dell’affidamento nel rapporto amministrativo disveli come, al pari del diritto soggettivo nei rapporti contrattuali, l’interesse legittimo si caratterizzi anche per la possibilità di ricevere tutela, risarcitoria, in relazione ad una solo apparente soddisfazione dell’interesse materiale che muove il privato.

Alla luce di quanto affermato, emerge inoltre come il danno nella presente fattispecie sofferto non deriverebbe da un mero comportamento della p.a. – quasi che esso potesse astrattamente essere tenuto da un qualsiasi soggetto dell’ordinamento – bensì dall’illegittimo esercizio del potere amministrativo.

Tanto si dice al fine di contestare l’argomentazione di cui alla tesi propugnata dalle Sezioni Unite in ordine alla non riconducibilità – neppure mediatamente – del comportamento foriero di danno all’esercizio del potere. Peraltro e di conseguenza, risultano del tutto condivisibili le considerazioni svolte dalla dottrina in ordine alla insostenibilità della *fiction iuris* proposta dalla giurisprudenza della Cassazione, in ordine alla

---

prospettata, si inserisce all’interno dell’interesse legittimo pretensivo, e merita tutela, ancorché solo risarcitoria, se leso, in misura non certo pari a quella che spetterebbe laddove il privato avrebbe potuto conseguire il bene della vita.

<sup>39</sup> In ordine alla qualificazione dell’interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva a “soddisfazione non garantita” si V., per tutti F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 25.

non ascrivibilità del danno al provvedimento illegittimo della p.a. stante il suo annullamento con effetti *ex tunc* e la sua conseguente sparizione dal mondo giuridico.

L'assunto prova il contrario, poiché è proprio il necessario annullamento del provvedimento illegittimo che dimostra come il danno sia ad esso riconducibile, derivando proprio dalla manifestazione del potere tramite la prima illegittima determinazione<sup>40</sup>.

Neppure convince la tesi, sopra esposta, per cui la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo nelle sole materie di giurisdizione esclusiva, riferendo comunque l'affidamento alla categoria del diritto soggettivo, ancorché la lesione sarebbe mediamente riconducibile all'esercizio del potere.

Invero, come emerge dalle ragioni precedentemente esposte, la lesione appare sofferta direttamente dall'interesse legittimo che il privato vanta originariamente nei confronti della p.a. Per riprendere le parole della sentenza del T.A.R. Milano sopra citata, "l'affidamento arricchisce il contenuto delle situazioni giuridiche che fanno capo ai soggetti che sono parti di un rapporto giuridico".

Seguendo questa linea di pensiero, sembra potersi correttamente delineare un rapporto tra p.a. e privato che, una volta instaurato, impone all'amministrazione non solo di consentire al privato di conseguire il bene della vita cui egli aspira, se ciò è compatibile con l'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire, ma anche, quale ulteriore conseguenza, di non ingenerare nel privato un affidamento in ordine alla sua effettiva possibilità di conseguirlo, laddove ciò non fosse possibile proprio alla luce del suddetto interesse pubblico.

Ne deriva come l'affidamento del privato a non essere "ingannato" dalla amministrazione circa la possibilità di soddisfare il proprio interesse, faccia già parte della posizione giuridica soggettiva che egli vanta nei confronti della amministrazione.

In sintesi, il contenuto dell'interesse legittimo, visto nella sua accertata natura di interesse sostanziale, non è solo l'interesse al conseguimento del bene della vita, ma anche quello a che non sia in lui ingenerato un affidamento in ordine alla effettiva possibilità di conseguirlo. O, per dirla con altre parole, che sia definitivamente e stabilmente riconosciuto il bene della vita cui egli aspira, laddove, una attribuzione solo precaria, per effetto della illegittimità del provvedimento, può ben essere idonea a cagionare un pregiudizio risarcibile<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> V. M. MAZZOLA, *Ingiustizia del danno e antigiridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*, cit., p. 944, ove l'Autore afferma che "non è sostenibile l'asserzione secondo cui il carattere autoritativo della condotta, una volta annullato il provvedimento, verrebbe "sterilizzato", giungendo a configurarsi null'altro che un comportamento "mero" alla pari di qualsiasi atto posto in essere dai privati: la posizione di interesse legittimo del privato, in questi casi, viene lesa infatti fin da subito, da un potere a monte illegittimamente esercitato, che non può considerarsi fatto illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c."

<sup>41</sup> Sembra condividere tale impostazione S. VILLAMENA, *Legittimo affidamento e contratti pubblici. Osservazioni su serietà e pigrizia amministrativa*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2013, 1, p. 78, che afferma che "è qui possibile osservare come, almeno in termini di ampliamento della tutela, il legittimo affidamento rappresenti una particolare evoluzione dell'interesse legittimo". Nello stesso senso V. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F.

Tali argomentazioni appaiono ulteriormente confermate dalla disciplina della responsabilità precontrattuale di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. che oggi sono pacificamente applicabili alla attività contrattuale della pubblica amministrazione, anche in sede di procedura ad evidenza pubblica<sup>42</sup>.

Nell'ambito di tale procedura ed in forza delle norme del codice civile, il privato vanta sì un vero e proprio diritto soggettivo, appunto *ex* artt. 1337-1338 c.c., a non essere coinvolto in inutili trattative. Invero e conseguentemente, la giurisprudenza e la dottrina ascrivono le controversie in parola alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in forza dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del c.p.a, vertendosi nell'ambito della materia inerente le procedure ad evidenza pubblica<sup>43</sup>.

Ma, si ribadisce, le norme in parola si riferiscono a trattative contrattuali, nell'ambito delle quali, correttamente, si fanno oggi rientrare le procedure ad evidenza pubblica, in quanto finalizzate alla stipula di un contratto, ma non già tutti i procedimenti amministrativi che sono al contrario finalizzati all'adozione di un provvedimento autoritativo<sup>44</sup>.

E allora, esclusa l'applicabilità delle norme del codice civile, alcun diritto soggettivo autonomo all'affidamento sorge in capo al privato; ciò nonostante, l'affidamento del privato si configura quale componente originaria dell'interesse legittimo, essendo l'interesse non già a non essere coinvolto in inutili trattative contrattuali, bensì a non fare ingiustificato affidamento circa la spettanza del bene della vita

---

SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 2012, p. 192: "l'affidamento sembra assumere connotati assai simili all'interesse legittimo e riceve tutela come tale: se, infatti, l'amministrazione riceve dalla norma attributiva il potere di graduare gli interessi e giustificare il sacrificio di quelli privati, pur con adeguata motivazione per la cura dell'interesse pubblico, dovendo agire nel rispetto delle norme di legge (buona fede, ragionevolezza, proporzionalità, ecc.), quegli interessi non possono che essere specificamente protetti, dunque legittimi e trovano garanzia proprio nel corretto esercizio del potere discrezionale, quand'anche esso comporti il loro sacrificio".

<sup>42</sup> L'argomento è solo marginalmente rilevante ai nostri fini e dunque su di esso non ci si dilunga. In ogni caso, sul tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, si V., tra i tanti, F. MELE, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. STANZIONE - A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, pp. 1011 e ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995. Recentemente M.L. CHIARELLA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 16 novembre 2016. La questione è stata poi oggetto della nota sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2018, 5, p. 1594, con nota di S. FOA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*. Su tale decisione, se si vuole, si v. anche G. SERRA, *Attività autoritativa della p.a. e responsabilità precontrattuale: i doveri di correttezza e buona fede della p.a. e il diritto all'autodeterminazione negoziale del privato*, in R. GAROFOLI – G. PESCATORE, *Manuale dei contrasti. Analisi d'autore dei più importanti contrasti giurisprudenziali. Diritto Amministrativo*, Molfetta, 2020, pp. 298-311.

<sup>43</sup> V. già in questo senso Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro amm.- Cons. St.*, 2005, 2515.

<sup>44</sup> Condivide tale assunto anche R. DI PACE, *La giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole, cit.*, il quale tuttavia, come anticipato sopra, pur esprimendosi per la diversità tra le due fattispecie, non ne fa derivare una differenza in ordine alla natura giuridica dell'affidamento del privato, qualificandolo sempre come autonomo diritto soggettivo. Cfr. anche C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione, cit.*, ove si legge chiaramente che "la configurazione di un diritto soggettivo comporta, però, che il medesimo sia ricondotto alle categorie codicistiche: ma non pare possibile configurare nella fattispecie una responsabilità extracontrattuale dell'Amministrazione, così come non pare possibile configurare una responsabilità contrattuale, posto che un rapporto tra Amministrazione e cittadino vi è ma è il rapporto relativo all'esercizio del potere in cui il cittadino è titolare dell'interesse legittimo, che esclude sia la responsabilità extracontrattuale che la responsabilità contrattuale".

sotteso alla propria situazione giuridica soggettiva. O, in altri termini, alla sua attribuzione precaria, inidonea certo a determinare la piena soddisfazione dell'interesse del privato<sup>45</sup>.

Neppure possono essere di supporto alla tesi che riconduce l'affidamento al diritto soggettivo la ricostruzione dottrinale sopra illustrata che qualifica tutte le facoltà procedimentali del privato come diritti soggettivi, poiché e in particolare, nel seguire l'insegnamento della più raffinata dottrina che – anche recentemente – ha affrontato *funditus* il problema, essa non è idonea a sostenere il test di resistenza rispetto alla disciplina di diritto positivo<sup>46</sup>.

Senza potersi dilungare troppo sul punto, appare di particolare interesse la considerazione per cui, a ben vedere, l'essenza stessa di tali situazioni soggettive è necessariamente legata alla loro strumentalità quanto alla soddisfazione della pretesa sostanziale di fondo<sup>47</sup>.

Per utilizzare le parole della già citata dottrina, “le pretese, o facoltà partecipative, sono strumenti di sostegno, e di esercizio, nel procedimento, dell'interesse legittimo, di cui sono titolari i privati”<sup>48</sup>.

Il nesso, evidenziato da tali autori, che intercorre tra le numerose facoltà che nel corso degli anni sono state riconosciute al privato nel rapporto con la p.a. e l'interesse sostanziale alla conservazione o ampliamento della sua sfera giuridica, disvela, ad avviso di chi scrive, come l'unica situazione giuridica che realmente possa far capo al privato sia rappresentata dall'interesse legittimo.

Anche con riferimento al legittimo affidamento perciò, non pare corretta una sua qualificazione alla stregua di un autonomo diritto soggettivo, posto che esso emerge, per sua natura, solo per effetto di un

---

<sup>45</sup> Cfr., in senso conforme, G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro Amministrativo (II)*, fasc. 07-08, 2016, pp. 1990 e ss., ove l'A. afferma che “Orbene, nel caso dell'azione amministrativa, che, in quanto procedimentalizzata, stabilisce il ‘contatto giuridico’ a seguito dell'inizio del procedimento, il legittimo affidamento consiste nel ritenere che - più che rispetto ad altri soggetti, i quali non si muovono all'insegna dell'imparzialità- l'amministrazione si comporterà correttamente e quindi soddisferà la pretesa all'atto favorevole, a meno che vi osti il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nel caso concreto, che porti a far prevalere un altro interesse. Tale situazione soggettiva ha una dimensione patrimonialistica, nel senso che l'illegittimo sacrificio dell'affidamento “giustamente” riposto nell'esito favorevole del procedimento iniziato, può provocare una perdita di carattere economico che, in quanto lesione di una situazione protetta in sé, va risarcita. Come ognuno vede, il legittimo affidamento, anche per la Cassazione, finisce con l'essere la struttura su cui si radica l'interesse pretensivo. Esso è l'in sé di questa situazione giuridica soggettiva, che è quella che si profila a fronte di procedimenti ampliativi, quasi sempre in concorso con più aspiranti (come nei casi decisi dalla Cassazione a proposito dell'azione risarcitoria da provvedimento favorevole annullato)”.

<sup>46</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, cit., pp. 248 e ss., ove l'A. individua tre ostacoli alla qualificazione di diritti soggettivi: a) assenza o limitatezza di tutela giurisdizionale dedicata; b) consistenza di “facoltà” attribuite sia all'interessato sia ai controinteressati; c) collocazione all'interno del procedimento.

<sup>47</sup> In tal senso, oltre all'Autore citato alla nota precedente, Cfr. anche G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 498.

<sup>48</sup> Ancora F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, cit., p. 255, che chiarisce anche che “l'interesse legittimo è la situazione di base (interesse giuridicamente riconosciuto e tutelato) finalizzata a tutelare un interesse reale (ad un bene della vita), che può essere soddisfatto solo attraverso l'esercizio del potere che spetta all'amministrazione esercitare: è, dunque, l'interesse a che il potere dell'amministrazione venga da questa esercitato in senso favorevole al suo titolare. Le “facoltà” sono attribuite al portatore di tale interesse quali strumenti utili per (provare a) “convincere” l'amministrazione ad adottare, a conclusione del procedimento, un provvedimento che consenta la conservazione (interesse oppositivo) o l'acquisizione (interesse pretensivo) di un effettivo bene della vita”.

precedente provvedimento, che il privato stesso aveva ritenuto idoneo a soddisfare l'interesse sostanziale di base, il suo interesse legittimo.

Ma se così è, sarebbe (onto)logicamente impossibile sganciare l'autonoma pretesa alla considerazione dell'affidamento maturato dal privato dal (mancato) soddisfacimento (*rectius*: dal solo apparente soddisfacimento) dell'interesse sostanziale alla conservazione o ottenimento di un determinato bene della vita.

L'ampliamento della tutela dell'interesse legittimo perciò, secondo l'impostazione qui sostenuta, non può e non deve condurre al mutamento della natura giuridica dello stesso in questa ipotesi.

Né, tantomeno, può trovare accoglimento la tesi che, ancor più a monte, esclude la stessa attuale configurabilità dell'interesse legittimo come situazione soggettiva, che è stata condivisibilmente criticata e disattesa dalla più recente ed elaborata dottrina in tema di interesse legittimo.

Quest'ultima ha, in primo luogo, negato la correttezza del postulato per cui, essendo l'interesse legittimo una situazione attiva, essa non potrebbe confrontarsi col potere.

In tal senso infatti, si è efficacemente rilevato che entrambe le situazioni, quella della p.a. e quella del privato, “dialogano” nell'ambito di una vicenda dinamica, tesa alla realizzazione di un bilanciamento di interessi, volto a realizzare l'interesse pubblico, in modo che non rimanga sacrificato (o lo sia il meno possibile) l'interesse del privato. Di tal che, pur non trattandosi, come affermato da taluno, di una vera co-decisione, gli interessi mirano alla medesima direzione e, perciò, nulla osta al riconoscimento di una coesistenza di due situazioni attive<sup>49</sup>.

Ciò posto, resta allora innegabile la circostanza per cui la partecipazione del privato al procedimento è sempre finalizzata ad ottenere il bene della vita cui aspira, o, per meglio dire, a che l'amministrazione consideri questa sua posizione e interesse.

Affermare perciò la tutelabilità in sé delle facoltà procedimentali, quasi che costituissero l'utilità sostanziale del loro titolare, è una mera finzione, poiché inscindibile è il loro nesso con l'interesse, unico, avente natura sostanziale, che è e resta l'interesse legittimo, che cerca di influire sulla decisione amministrativa di perseguimento dell'interesse pubblico<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *op. cit.*, p. 267.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 268 nota 130, ove l'A. chiarisce che “l'oggetto proprio dell'interesse legittimo è il comportamento dell'amministrazione, ma solo in quanto tale comportamento consente di conservare o di acquisire una utilità sostanziale (la conservazione di un bene di proprietà, l'acquisizione di un diritto su un bene di proprietà pubblica, la possibilità effettiva di esercitare una attività astrattamente consentita, l'ammissione allo svolgimento di attività riservate alla amministrazione). È in tale tensione verso una utilità sostanziale che occorre vedere il carattere strumentale dell'interesse legittimo, strumentale rispetto ad un interesse sostanziale del privato, non certo alla soddisfazione dell'interesse pubblico”.

A ben vedere perciò, come anche già descritto in queste pagine a proposito della tesi che sostiene la natura di diritto soggettivo per il legittimo affidamento, tali tesi sembrano mosse dal, pur meritorio, intento di ampliarne la tutela, in particolare giurisdizionale.

E tuttavia, con parole utilizzate a livello generale di rapporti tra diritto soggettivo e interesse legittimo, pienamente applicabili al caso dell'affidamento, “occorre avere chiaro in mente che tale obbiettivo si persegue molto meglio aumentando le “facoltà” con cui il privato influisce sulle decisioni che l'amministrazione è chiamata ad adottare, e riducendo in tal modo la “libertà” (o il rischio di arbitrio) dell'amministrazione”<sup>51</sup>.

## **7. Conseguenze sostanziali e processuali della inerenza dell'affidamento alla posizione di interesse legittimo**

Vere le precedenti considerazioni, si impongono alcune specificazioni in punto di presupposti necessari ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno in ipotesi siffatte, proprio alla luce delle posizioni espresse dalle ordinanze di rimessione alla Adunanza Plenaria sopra riportate.

In senso contrario alla prospettazione fatta propria nelle citate ordinanze, si deve escludere la rilevanza del c.d. giudizio di spettanza in ordine al bene della vita sotteso all'interesse legittimo pretensivo leso nel suo “corno” inerente l'affidamento riposto nella legittimità del provvedimento favorevole.

Sul punto, si deve richiamare l'insegnamento della Corte di Cassazione, reso nella sentenza capostipite n. 500 del 1999, la quale appunto, con riferimento al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo pretensivo, inteso come interesse al conseguimento del bene della vita, ritiene necessario accertare la concreta spettanza, in capo alla vittima dell'illecito, del suddetto bene, senza che assuma rilievo l'eventuale lesione del solo affidamento che il privato abbia riposto nella correttezza dell'operato della p.a.<sup>52</sup>.

Orbene, all'evidenza, le medesime considerazioni non possono essere traslate nella vicenda in discorso, giacché non si discute del mancato ottenimento del bene della vita sotteso all'interesse legittimo, poiché, al contrario, il provvedimento che – apparentemente – lo soddisfaceva, è stato annullato (in via giurisdizionale o di autotutela) poiché illegittimo.

A voler applicare il giudizio di spettanza in siffatta ipotesi, dovrebbe sempre e per ciò solo negarsi il diritto al risarcimento del danno, stante la non configurabilità in capo al privato della possibilità di conseguire il bene della vita. Ma in questa sede ciò che è stato leso dell'interesse legittimo è quella sua ulteriore e diversa manifestazione a cui sopra si è fatto cenno: il non fare ingiustificato affidamento circa la spettanza del bene della vita.

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>52</sup> In tema V. G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, 2, p. 317.

Al fine di ben comprendere questi passaggi, giova muovere dai due noti elementi che compongono il danno ingiusto, di cui all'art. 2043 c.c. In particolare, si è soliti distinguere tra c.d. danno evento, inteso come lesione di una posizione giuridica rilevante per l'ordinamento, e c.d. danno conseguenza, inteso come le conseguenze, patrimoniali e non, sofferte dal danneggiato per effetto dell'altrui illecito<sup>53</sup>.

Ed è altrettanto noto che, nel nostro ordinamento, ispirato da una matrice riparatoria, è irrisarcibile il solo danno evento, richiedendosi l'accertamento di conseguenze sfavorevoli per il danneggiato affinché egli possa beneficiare di un ristoro per esse<sup>54</sup>.

Ma allora, emerge immediatamente come il c.d. giudizio di spettanza cui sopra si è fatto cenno, attenga alla determinazione del danno conseguenza, dovendosi escludere conseguenze pregiudizievoli per un soggetto che, pur avendo subito un danno evento, inteso come lesione del suo interesse legittimo per effetto dell'illegittimità dell'operato della p.a., non avrebbe potuto comunque conseguire il bene della vita cui aspirava<sup>55</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, si può cogliere la differenza con l'ipotesi qui in esame. In questa sede invero, accertato il danno evento, è ben possibile accertare anche il danno conseguenza, il quale naturalmente non consisterà nell'equivalente economico per il mancato ottenimento del provvedimento favorevole, bensì nelle conseguenze pregiudizievoli che il privato ha sofferto per aver fatto affidamento sulla legittimità del provvedimento favorevole, poi risultato illegittimo e annullato<sup>56</sup>.

Ecco che allora, venendo all'ultimo "anello della catena", l'affidamento del privato rileva nell'ambito dell'accertamento delle conseguenze derivanti dal provvedimento illegittimo, potendo egli certamente beneficiare della rifusione delle spese sostenute per aver confidato nella legittimità del provvedimento

---

<sup>53</sup> V., senza pretesa di esaustività, F. GALGANO, *Diritto Privato*, 2 ed., Padova, 1983, p. 334; P. RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, 5 ed., Napoli, 1983, mp. 281. In senso critico rispetto alla distinzione tra danno evento e danno conseguenza, si v. tuttavia C. M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 125, ove l'A tuttavia rileva che "il danno ingiusto, cioè il danno evento è risarcibile mediante il risarcimento delle sue conseguenze pregiudizievoli patrimoniali e non patrimoniali o, in alternativa, in forma specifica mediante la diretta rimozione della lesione". Invero perciò egli sembra criticare il riferimento ad un doppio concetto di danno, senza tuttavia negare che la sola lesione dell'interesse giuridicamente protetto ammetta di per se all'ottenimento di un risarcimento del danno da parte del danneggiato, in assenza di conseguenze apprezzabili sul piano patrimoniale o non patrimoniale. Nello stesso senso V. P. G. MONATERI, M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona, in Il nesso di causa per danno alla persona*, Milano, 2005. In relazione ai profili evolutivi della ingiustizia del danno vedi P. SCHLENSIGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, pp. 336 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 164 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano, 1996; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I, pp. 1420 e ss.; F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 49 ss.; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, pp. 90 e ss.

<sup>54</sup> V., tra le tante, Cass. Civ., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Giur. It.*, 2006, pp. 1359 e ss.

<sup>55</sup> Cfr. S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1999, pp. 1595 e ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, vol. II, Padova, 2002, 271 ss.; F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pub.*, 2000, p. 15.

<sup>56</sup> In senso analogo V. M. MAZZOLA, *cit.*, p. 945, ove l'Autore testualmente afferma che "l'interesse legittimo (...) viene lesa ogniqualvolta venga emanato un provvedimento *contra legem*, a prescindere dal fatto che l'interesse materiale ad esso sotteso venga soddisfatto".

annullato. L'affidamento – in questa sede – è quindi termine di misurazione delle conseguenze economiche sofferte dal destinatario dell'attività amministrativa illegittima lesiva, quale danno evento, del suo interesse legittimo<sup>57</sup>.

Le precedenti considerazioni circa la reale natura dell'affidamento e la sua portata, sembrano peraltro confermate dalla disciplina che il legislatore ha, con la legge n. 15 del 2005, predisposto all'art. 21 *quinques* della legge n. 241 del 1990, per la revoca di provvedimenti amministrativi<sup>58</sup>.

Infatti, la tutela dell'affidamento che il privato ha maturato circa la spettanza del bene della vita riconosciutogli con il provvedimento poi revocato, è affidata dal citato art. 21 *quinques* alla corresponsione da parte della p.a. di un indennizzo atto a ristorare il pregiudizio sofferto dal privato. E, si badi bene, non potrebbe essere altrimenti, giacché il danno patito dal destinatario è un danno *iure*, poiché autorizzato dall'ordinamento, in tanto in quanto il potere di revoca sia legittimamente esercitato dalla p.a.<sup>59</sup>

Ma – ed ecco perché si esclude che il provvedimento originario revocato possa essere idoneo a cagionare un danno all'affidamento del privato (*rectius*: all'interesse legittimo) idoneo a consentirgli di attivare una tutela risarcitoria – esso non è viziato da illegittimità originaria, perciò idoneo a soddisfare l'interesse legittimo originario, che è infatti quello al conseguimento stabile e definitivo del bene della vita.

---

<sup>57</sup> In termini A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, cit., p. 2400: “In conclusione è convincente l'affermazione secondo cui il risarcimento deve compensare i costi affrontati dal beneficiario dell'atto illegittimo, che abbia confidato nella legittimità dell'atto stesso, ma ciò non è sufficiente per concludere che la posizione protetta sia rappresentata dall'affidamento, anziché dall'interesse legittimo”. Ho già svolto alcune considerazioni in merito allo specifico aspetto del *quantum* del risarcimento del danno spettante per lesione dell'affidamento in G. SERRA, *Illegittimità di provvedimento amministrativo favorevole: profili di tutela dell'affidamento del destinatario*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2019, a cui sia consentito rinviare per evitare inutili ripetizioni.

<sup>58</sup> Sull'art. 21 *quinques* l. 241/1990 si può vedere S. FANTINI, *Art. 21-quinques, l. n. 241/1990*, in A. BARTOLINI-S. FANTINI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010. In tema di studi tradizionali sulla revoca del provvedimento amministrativo V., tra i tanti, R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; ID., *Revoca (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 176, pp. 804 e ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, II, Milano, 2001, pp. 136 ss.; S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi struttura e limiti: linee dell'evoluzione con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, pp. 628 e ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 497 e ss..

<sup>59</sup> Cfr. C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, pp. 139 e ss. secondo cui il risarcimento ruota intorno alla ingiustizia del danno, mentre l'indennità presuppone atti e comportamenti leciti e l'assenza di anti-giuridicità della condotta eziologicamente produttiva di nocimento, sicché “alla lesione di un interesse tutelato dall'ordinamento non si accompagna la violazione del parametro normativo di riferimento”. Cfr. anche M.A. MAZZOLA, *I nuovi danni*, Padova, 2008, 129, secondo cui “l'indennizzo risponde ad un evidente intento risarcitorio ma originandosi da un atto non anti-giuridico e quindi pretende un trattamento differente rispetto all'illecito aquiliano”. Per una diversa impostazione Cfr. P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1067, ad avviso del quale la differenza tra risarcimento del danno e indennizzo si coglie “nel diverso criterio della valutazione del danno conseguente ad un giudizio di valore che l'interprete esprime, ritenendo quell'atto gravemente lesivo di un interesse peculiarmente tutelato dall'ordinamento”. In generale, sul tema dell'indennizzo nel diritto amministrativo, V., tra i principali contributi dottrinali, G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica Amministrazione*, Milano, 1912; A.M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, I-61, pp. 938 e ss.; R. ALESSI, *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, pp. 625 ss.; E. SCOTTI, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012.



Al contrario, in tale fattispecie, il provvedimento era perfettamente idoneo a soddisfare l'interesse legittimo, risultando inidoneo solo nel momento in cui l'amministrazione rivaluta la sua opportunità, la sua compatibilità con l'interesse pubblico. Mancando una illegittimità a monte, quindi un comportamento non iure da parte della p.a., nel caso della revoca, la tutela dell'affidamento viene allora realizzata mediante lo strumento dell'indennizzo, volto a bilanciare due interessi entrambi meritevoli di tutela, nella logica equitativa propria della tecnica indennitaria.

## 8. Conclusioni

Alla luce di tutto quanto si è esposto, si possono ora definire alcuni punti conclusivi in tema di affidamento del privato come posizione soggettiva.

Una prima considerazione, attiene alla riconosciuta tutelabilità dell'affidamento non solo su un piano di bilanciamento degli interessi nell'esercizio del potere discrezionale, ma anche, nell'ipotesi in cui esso non sia sufficiente a costituire un limite all'esercizio del potere di autotutela, la possibilità che il privato benefici di un risarcimento del danno per il pregiudizio sofferto.

Nel quadro che se ne è delineato in precedenza, appare condivisibile la qualificazione dell'affidamento come diritto soggettivo nel campo contrattuale. In tal senso infatti, stante la diretta applicabilità delle norme del codice civile, il privato vanta un vero e proprio diritto al corretto svolgimento delle trattative, nel rispetto delle disposizioni codicistiche che, se violate, conducono alla lesione della situazione giuridica corrispondente, con conseguente responsabilità risarcitoria per il danno da inutili trattative<sup>60</sup>.

Tuttavia, nell'ambito dell'attività autoritativa della p.a., appare arduo, stante le precedenti considerazioni, condividere l'impostazione, propugnata anche dalle Sezioni Unite di Cassazione, circa la riconducibilità ad una posizione di autonomo diritto soggettivo del privato, fondato, così sembra, sull'applicazione dei doveri civilistici, e prescindente, in toto, dall'esercizio del potere amministrativo.

Già in passato, la dottrina più avanguardista aveva provato a sostenere la configurabilità di una posizione autonoma di affidamento, non assimilabile all'interesse legittimo, pur senza qualificarla espressamente come diritto soggettivo. Si argomentava però che essa avesse una consistenza ben più individualizzata dell'interesse legittimo, che, fondata su una pretesa di stabilità, sarebbe perciò da esso diversa<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Sullo specifico profilo, si condivide perciò quanto già affermato in dottrina circa la maggiore facilità di percepire l'affidamento come situazione giuridica autonoma nel campo precontrattuale: situazione che, in accordo con la dottrina privatistica prevalente, viene qualificata come diritto soggettivo, stante la diretta applicabilità degli artt. 1337-1338 c.c. (Cfr. S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, p. 287).

<sup>61</sup> S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 286. Non prende una esplicita posizione sul punto, pur ritenendo che si tratti di situazione soggettiva autonoma, diversa dall'interesse legittimo al conseguimento del bene della vita, la recente dottrina di A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Roma, 2016, pp. 236-238, poiché l'A., nel ritenere che l'unica rilevanza del dibattito sia quella in punto di riparto della giurisdizione, propone, *de jure condendo*, che il legislatore introduca, per l'azione risarcitoria in discorso, una ipotesi di giurisdizione esclusiva, stante, in

Tali considerazioni, come già ampiamente espresso, non sono condivisibili.

La natura sostanziale che si è ormai riconosciuta all'interesse legittimo, consente di non dover più procedere a contorti ragionamenti che individuino diverse situazioni giuridiche, come in passato, che si affianchino all'interesse legittimo, per consentire di approntare una piena tutela al privato di fronte all'esercizio del potere della p.a.<sup>62</sup>.

Come evidenziato in precedenza, ci sembra che una lettura evoluta dell'interesse legittimo, possa consentirci di accogliere, entro il suo perimetro, non solo l'interesse del privato al conseguimento del bene della vita, ma anche quello a che non sia in lui ingenerato un affidamento in ordine alla effettiva possibilità di conseguirlo. O, in altri termini, che sia definitivamente e stabilmente riconosciuto il bene della vita cui egli aspira.

E quindi l'affidamento integrerebbe il contenuto della situazione giuridica soggettiva che è coinvolta nel rapporto, divenendone, poi, misura delle conseguenze pregiudizievoli che dalla sua lesione ne sono derivate.

Perciò, nei rapporti contrattuali, tale situazione sarebbe il diritto soggettivo, che è la situazione giuridica tipica dei rapporti paritetici, anche laddove risulti coinvolta la p.a.; nei rapporti autoritativi però, essa dovrebbe essere correttamente ricondotta alla categoria dell'interesse legittimo, che è la situazione giuridica soggettiva che si confronta col potere, che non può essere considerato, come fa la Cassazione, *tamquam non esset*.

Tali considerazioni forse ridimensionano l'autonomia della posizione di affidamento, ma, a ben vedere, non ne sminuiscono la tutela.

Come detto anche in precedenza, non pare operazione dogmaticamente corretta, pur se talvolta praticamente apprezzabile, quella della "corsa" alla ricerca della più forte tutela per il privato.

In tal senso, non ci si può dimenticare che, nello svolgimento dell'attività amministrativa autoritativa, il privato ha una posizione che, pur nella nuova visione del rapporto con la p.a. di cui si è detto, fisiologicamente, può risultare insoddisfatta nella sua aspirazione al conseguimento di un bene della vita, poiché ciò potrebbe imporre la superiore ragione del perseguimento dell'interesse pubblico

E, ciò nonostante, la tesi qui sostenuta consente di riconoscere una posizione di interesse legittimo particolarmente evoluta, idonea a ricevere tutela, ancorché per equivalente, non solo laddove il privato,

---

ogni caso, la sussistenza di quell'inestricabile nodo gordiano tra posizioni giuridiche di cui alla sentenza della Corte Cost. n. 204/2004.

<sup>62</sup> Ci si intende riferire agli sforzi giurisprudenziali condotti, prima dell'approdo della citata sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, proprio in tema di risarcibilità dell'interesse legittimo. In relazione a tale tematica Cfr., ad es., Cass. Civ., Sez. Un., 18 novembre 1992, n. 12316, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 11; Cass. Civ., Sez. Un., 19 marzo 1997, n. 2436, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2785, con nota di E. A. APICELLA, *Riconoscimento di debito, diritti patrimoniali consequenziali e giurisdizione sulle controversie di impiego pubblico*.

per effetto della condotta illecita della p.a., non abbia conseguito il bene della vita che gli sarebbe spettato, bensì anche laddove, pur nella non spettanza di tale bene, l'amministrazione, per colpa, glielo avesse riconosciuto in via precaria, stante l'intervenuto successivo annullamento, legittimo, del provvedimento attributivo originario.

La presente ricostruzione, sembrerebbe anche consentire di evitare la scivolosa teoria del contatto sociale qualificato, richiamata dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 8236/2020, rivisitando, in chiave di ampliamento della tutela, l'effettiva consistenza dell'interesse legittimo e, in ultimo, del rapporto amministrativo<sup>63</sup>.

In tale ordine di idee, appare evidente a chi scrive che il principio di affidamento svolge una – quanto mai importante – funzione integrativa dell'ordinamento giuridico sul punto, in particolare con riferimento alla tutela del privato di fronte all'attività autoritativa della p.a.<sup>64</sup>.

Invero, la necessità di tutela dell'affidamento, quale principio generale, costituisce strumento di integrazione dell'ordinamento giuridico, che sembrerebbe effettivamente essere lacunoso sul punto.

Attraverso quindi il principio generale, si riconosce la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela che, in assenza della valorizzazione del ruolo dell'affidamento condotta, risulterebbe sguarnita di protezione, pur risultando tale protezione del tutto conforme all'ordinamento giuridico<sup>65</sup>.

E ciò, appunto, individuando l'affidamento come elemento che “arricchisce” la situazione di interesse legittimo, di cui è già titolare il privato nei confronti del potere della p.a.

---

<sup>63</sup> In ordine al legame tra interesse legittimo e rapporto amministrativo si v. M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, p. 1883. D'altronde, senza poter approfondire il predetto profilo in questa sede, mi pare che non possa pretermettersi la considerazione critica, per così dire, "genetica", circa la teoria del contatto sociale, come noto elaborata dalla dottrina tedesca e rispetto alla quale, tuttavia, si deve rilevare come l'ordinamento germanico scontasse l'esigenza di ricondurre le obbligazioni «senza prestazione» alla categoria della responsabilità contrattuale per riconoscergli giuridica tutela, stante la vigenza del principio di tipicità cui la responsabilità extracontrattuale è legata in detto ordinamento. Esigenza che, al contrario, in ragione della natura aperta del sistema di responsabilità aquiliana, non sussiste nel nostro ordinamento. (Cfr. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei “nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, pp. 539 e ss. In generale per una critica al contatto sociale v. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011).

<sup>64</sup> Utilizzando la quadripartizione delle funzioni dei principi proposta dalla più autorevole dottrina, i principi generali dell'ordinamento giuridico perseguono quattro funzioni: interpretativa, integrativa, direttiva o programmatica, limitativa del potere. Cfr. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, Milano, 1941; in tema v. anche F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

<sup>65</sup> Pur nella diversità di terminologia utilizzata, appare non troppo dissimile la posizione dell'ordinanza di rimessione alla Adunanza Plenaria n. 3701/2021, la quale esclude che l'affidamento assuma consistenza di situazione soggettiva restando solo un principio per valutare le condotte; tuttavia, a ben vedere, non si discosta realmente da quanto qui proposto, poiché affermare che il principio integra l'ordinamento, arricchendo la sostanza e la tutela dell'interesse legittimo, conduce al medesimo risultato: l'inerenza dell'affidamento all'interesse legittimo e la negazione di una sua rilevanza autonoma e separata dalla situazione soggettiva di base del rapporto amministrativo.



In tal modo perciò, il principio del legittimo affidamento risulterebbe strumento di attuazione del disposto dell'art. 12 delle Preleggi, in particolare nella parte in cui dispone che “(...) se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”.