

## **Affidamento legittimo e illegittimo, brevi riflessioni sul ruolo sociale della P.A., due rimessioni all'Adunanza Plenaria.**

(Consiglio di Stato, Sez. II, ord. 9 marzo 2021 n.2013; Consiglio di Stato, Sez. II, ord.  
6 aprile 2021, n.2753)

di Attilio Simonelli\*

18 giugno 2021

Sommario: 1. Introduzione, certe conferme e talune novità. – 2. La questione sulla giurisdizione. – 3. La colpa del richiedente. Il concetto di affidamento. – 4. Conclusioni, il peso dell'autorevolezza.

### **1. Introduzione, certe conferme e talune novità**

A meno di un mese di distanza l'una dall'altra, la sezione Seconda del Consiglio di Stato, rimette la medesima questione all'Adunanza Plenaria attraverso le ragioni di due ordinanze a firma del medesimo estensore. I giudizi hanno ad oggetto: a) il primo una domanda di risarcimento danni da lesione del legittimo affidamento formulata da un soggetto a suo tempo destinatario di una concessione edilizia poi annullata in via giurisdizionale; b) il secondo il risarcimento danni da affidamento ingenerato da un'aggiudicazione poi annullata in sede giurisdizionale.

Ad una rapida lettura delle questioni introduttive, al lettore pare di trovarsi dinanzi all'ormai classico caso del danno c.d. da comportamento della P.A. derivante dal provvedimento favorevole poi annullato ed al conseguente diritto al risarcimento ormai definitivamente sdoganato da una consistente tendenza giurisprudenziale. Ebbene, il Consiglio di Stato nelle decisioni in commento, così non ritiene che sia.

In primo luogo, ma solo nella prima delle due ordinanze, i Giudici di Palazzo Spada si domandano, di nuovo, quale sia la giurisdizione nel caso di provvedimento favorevole poi annullato, revocando in dubbio l'orientamento prevalente che pareva ormai assestato sulla giurisdizione ordinaria. Inoltre, emerge, ma sarebbe più opportuno dire

---

\* Abilitato all'esercizio della professione forense.

riemerge, la tematica dell'abuso del processo e del *venire contra factum proprium* di chi adisca un giudice e poi ne contesti la giurisdizione.

In secondo luogo, il dubbio che alla Plenaria è demandato di risolvere, ha ad oggetto la possibilità che un interessato possa, in astratto, vantare un legittimo affidamento derivante da un provvedimento annullato, idoneo a fondare l'azione risarcitoria contro la P.A. e, se riconosciuta esistente tale possibilità, entro quali limiti ed in presenza di quali condizioni. E' evidente che questa è la questione di più rilevante impatto sistematico che attiene alle decisioni da cui origina il presente scritto.

Dalle motivazioni dell'ordinanza emergono sia conferme che novità, le quali però dimostrano la recentissima tendenza della giurisprudenza amministrativa a ridurre il più possibile il campo di azione delle tutele riconosciute al privato. Da un lato si conferma, infatti, la micidiale emersione di un tentativo di sottrarre all'ambito della tutela risarcitoria tutte quelle ipotesi che più si allontanano dalla spettanza del bene vita cui il privato anela<sup>1</sup>, obliterando così tutto quello che a lungo si è sostenuto, in termini evolutivi ed ampliativi delle garanzie del singolo, quanto all'emersione di differenti beni della vita anche e soprattutto in assenza della spettanza del bene domandato. Su tutti si veda la prorompente e paradigmatica affermazione del bene tempo o, secondo altri, dell'autodeterminazione personale, portato dell'art. 2 Cost., quanto al riconoscimento del danno da ritardo c.d. mero.<sup>2</sup>

Dall'altro, la novità è rappresentata dalle modalità con cui ciò avviene. Se normalmente tale revoca in discussione degli approdi cui comunque la stessa

---

<sup>1</sup> Si veda A. SIMONELLI, *Risarcimento del danno da ritardo tra equilibrio di bilancio e solidarietà, una singolare visione del C.G.A.*, in *Cammino Diritto*, 3/2021. Vi è una giurisprudenza, a dire il vero di qualche anno addietro, che dà conto di un indirizzo per cui la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo «ha accertato l'assenza di un danno ingiusto, perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo», Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 183; nello stesso senso cfr. anche Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 29 ottobre 2014, n. 5346, così come evidenza la stessa ordinanza Cons. St., Sez. II, del 6 aprile 2021, n.2753 in commento.

<sup>2</sup>Tra le altre, Cons. Stato, sez. III, sent. 2 novembre 2020, n. 6755 cit.; Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2020, n. 4669; id. 27 febbraio 2020, n. 1437; id. 2 dicembre 2019, n. 8235; id. 15 luglio 2019, n. 4951; Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210 cit.; n. 2210; id. 9 luglio 2019, n. 4790; id., sez. VI, 22 giugno 2018, n. 3838. Si veda, in particolare, Cons. Stato, Sez. IV 20 ottobre 2020, n. 6351 cit. la quale così si esprime: "10.5. Più in generale, il danno da ritardo, previsto dall'art. 2-bis della legge n. 241/1990, si articola in due distinte ipotesi, diverse da quella del mero ritardo: il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine del procedimento (comma 1) e il danno derivante di per sé dal fatto stesso di non avere l'Amministrazione provveduto entro il termine prescritto, forfettariamente ristorato con un indennizzo (comma 1 bis). 10.6. Come ha avuto modo di evidenziare la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il citato art. 2-bis, comma 1, prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia dell'Amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo. Il danno prodottosi nella sfera giuridica del privato, e del quale quest'ultimo deve fornire la prova sia sull'an che sul quantum, deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all'adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte dell'Amministrazione, e ciò sempre che, nell'ipotesi ora considerata, la legge non preveda, alla scadenza del termine previsto per la conclusione del procedimento, un'ipotesi di silenzio significativo (cfr. Cons Stato, Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210)".

giurisprudenza era pervenuta nel tempo, avviene per il tramite della continua valorizzazione della concreta impossibilità del privato di ottenere il bene della vita richiesto alla P.A., ripercorrendo a ritroso i sentieri dell'evoluzione del diritto amministrativo, questa volta si giunge al medesimo risultato attraverso il sindacato sull'esistenza dell'affidamento legittimo. In virtù di un'anomala ripermetrazione delle caratteristiche e della definizione dello stesso, il Consiglio di Stato pare pervenire ad una - non lo si nasconde - inaspettata, perchè recidivante, inversione di rotta. A maggior ragione dopo il lungo tempo in cui la stessa giurisprudenza si è affaticata nell'individuare saldi appigli al riconoscimento del risarcimento del danno da comportamento illegittimo della P.A. .

## 2. La questione sulla giurisdizione

Sul passaggio motivazionale inerente alla giurisdizione c'è evidentemente poco da dire: si tratta di una questione per la quale potenzialmente entrambe le tesi contrapposte sembrano, in astratto, sostenibili. Ebbene, l'orientamento stabilizzatosi riteneva, del tutto ragionevolmente, che nel caso di provvedimento favorevole poi annullato, l'eventuale controversia risarcitoria fosse di giurisdizione del G.O. in quanto la vicenda prescindeva dalla contestazione sulla legittimità dell'esercizio del potere, che anzi si riconosceva, spesso, frutto di scelte irreprensibili e valutazioni giuridicamente sostenibili.

Viceversa, la decisione in commento propende per la giurisdizione amministrativa sottolineando, con richiamo pedissequo alla sentenza Tar impugnata, che *«il ricorso non si fonda su un mero comportamento dell'amministrazione comunale, ma sulla circostanza che essa aveva rilasciato un permesso a costruire sulla base di un'interpretazione poi rivelatasi errata di una sua norma regolamentare. Non di mero comportamento trattasi, ma di una vera e propria attività amministrativa procedimentalizzata.»*. Il che non sembra lontano dalla realtà. In effetti, l'esercizio del potere è coinvolto nella vicenda. C'è il potere ed è stato esercitato, seppur in maniera confliggente con i canoni di legge.

Tuttavia esiste almeno un criterio capace di fare chiarezza sul punto e consiste nella vera *causa petendi* del privato che si rivolge all'autorità giudiziaria.

Conosciamo l'importanza della *causa petendi* nel giudizio amministrativo e quanto essa sia centrale nella sua storia<sup>3</sup> e in quella del riparto di giurisdizione, pertanto è forse opportuno riferirsi a questa per chiarirsi le idee.

Il *petitum sostanziale*, l'oggetto della tutela che il privato invoca innanzi al giudice,

---

<sup>3</sup> Si veda anche la rilevanza della *causa petendi* nella sollevazione della questione di costituzionalità nel giudizio amministrativo. E' opinione salda che perchè la norma tacciata di incostituzionalità abbia la necessaria caratteristica di rilevanza ai fini del giudizio di costituzionalità, essa deve essere richiamata e partecipare della *causa petendi*.

riguarda di certo non il potere, che pure c'è ed è stato esercitato. La pretesa non ha punti di tangenza con lo stesso se non in quanto fatto storico che descrive il susseguirsi degli eventi e l'origine nella catena causale degli accadimenti. Una volta ammesso in generale - e pare sia da ritenersi principio più che consolidato - che la P.A. agisce nel mondo del diritto sia con atti che con comportamenti che possono essere o meno legati da un nesso con il potere pubblico, si può compiere la seguente inferenza: è evidente che, nel caso specifico, il privato si duole di qualcosa che non riguarda il provvedimento, quindi il potere, bensì di qualcosa di profondamente diverso, attinente a tutto ciò che quel potere circonda ed a come la P.A. abbia manifestato e prospettato, attraverso moduli comportamentali, la stabilità del risultato di tale esercizio di potere, provocando, quindi, affidamenti in capo ai privati.

Non sembra cogliere nel segno quanto sostiene l'ordinanza quando a tal proposito prospetta una gemmazione di diversi giudizi attinenti alla stessa questione ma rivolti verso due giurisdizioni diverse. Evidenzia il Consiglio di Stato che nel caso in cui un controinteressato dovesse sindacare il provvedimento illegittimo sfavorevole, egli sarebbe obbligato a sindacare l'esercizio del potere della P.A. dinanzi al G.A., peraltro vigendo, nel caso *de quo*, la giurisdizione esclusiva. Viceversa, il destinatario del provvedimento favorevole poi caducato, stando alla tesi contestata nella decisione, dovrebbe adire il G.O. per sindacare quei comportamenti neppure mediatamente connessi all'esercizio del potere e che hanno leso il suo asserito affidamento legittimo. Sembra potersi certamente confermare tale opinione la quale non sembra capace di sorprendere se solo si evidenzia che i due soggetti, destinatario del provvedimento caducato e controinteressato, agiscono per una *causa petendi* del tutto diversa. Il primo per sindacare il comportamento della P.A. che avrebbe dovuto sapere quanto il proprio provvedimento fosse illegittimo e non ingenerare le false convinzioni di legittimità su cui ragionevolmente il privato basa il proprio agire; il secondo per sindacare proprio l'*an* e il *quomodo* di quel potere. Non si tratta di materie "a giurisdizione frazionata" ma di diverse materie. Esse vengono originate od occasionate dal medesimo evento provvedimentale solo sotto un punto di vista storico e fattuale, ma risultano avere differenti oggetti perché differenti sono le ragioni causali della lesione.

### **3. La colpa del richiedente. Il concetto di affidamento**

Interessandosi della seguente questione centrale ai fini della presente trattazione, il Collegio in entrambe le pronunce pare protendere per una visione quantomeno singolare del concetto di affidamento legittimo.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in Dir. Proc. Amm. 2018, 3, pp. 823-854; C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in Dir. proc. amm., 2016, 564 ss; M. MAZZOLA,



Con ordine, in un primo momento la prima ordinanza riconosce la “colpa” nella presentazione del progetto assentibile solo *contra legem* ed una efficienza causale di tale evento con la verifica del danno, cioè la rimozione giurisdizionale del provvedimento. In secondo luogo, passa alla definizione, stringata ma efficace, del concetto trasversale di legittimo affidamento, cogliendone i tratti essenziali, definizione che si coglie comunque anche nella seconda ordinanza. In terzo luogo, viene operata una distinzione sugli eventi capaci di ingenerare affidamento, o meglio di reciderlo *ex post*: nella specie la rimozione attraverso gli strumenti di autotutela può essere ritenuto in astratto capace di fondare quegli affidamenti legittimi cui è collegato il diritto al risarcimento del danno, viceversa è opinione comune alle due decisioni che l'intervento dell'autorità giudiziaria non può fondare, in quanto soggetto terzo, nessuna aspettativa qualificata all'accoglimento delle ragioni del privato.

Partendo dalla qualificazione dell'affidamento, il Collegio individua i suoi classici capisaldi, nella specie la colpa del soggetto che provoca l'affidamento e la buona fede del soggetto affidato<sup>5</sup>. Tale buona fede è idonea, prescrive la prima pronuncia, «*a far sorgere nell'interessato (...) un'aspettativa al conseguimento del bene della vita e (...) che la fiducia riposta da quest'ultimo in un esito del procedimento amministrativo a lui favorevole sia ragionevole e non colposamente assunta come fondata*»<sup>6</sup>. Con precisione il Collegio individua nell'esito del procedimento il nucleo dell'affidamento: il privato non deve essere in stato di colposa ignoranza, e a maggior ragione nemmeno nella piena conoscenza, del fatto che sta domandando qualcosa che non può avere e che il provvedimento non possa riconoscergli ciò che domanda. Quindi, valorizzando il *focus* sulla fase finale e quindi sull'esito del procedimento, l'evenienza dell'esclusione dell'affidamento risarcibile dovrebbe essere individuata non nella circostanza di presentare un progetto non assentibile o nella richiesta di un bene che alla fine risulta non spettante, salvo che ciò sia stato fatto col dolo di ingannare la P.A., ma nella consapevolezza della certa illegittimità del provvedimento favorevole ricevuto

---

*Ingiustizia del danno e anti-giuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Danno e resp.*, 2014, 10, pp. 943-949.

<sup>5</sup> V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato*, Iudica e Zatti, Milano, 2001, pag. 493; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè, 2008; M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011; L.GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 138; A. TRAVI, *Annulamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, 2398; M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2014, 7, pp. 704-721; , in *Danno e resp.*, 2014, 10, pp. 943-949.

<sup>6</sup> Così espressamente Cons. St., Sez. II, ord. 9 marzo 2021 n.2013.

perché *ictu oculi* privo dei presupposti di legge<sup>7</sup> o nella sua irragionevole, perché cieca ed acritica, presunzione di legittimità.

Ciò a dire che prima dell'esito del procedimento l'affidamento si sostanzia sul suo esito ragionevolmente favorevole, ma successivamente all'emanazione favorevole dello stesso, l'affidamento ha ad oggetto la sua ragionevole stabilità, affidamento peraltro rafforzato non solo dalle proprie – ragionevoli - convinzioni sulla spettanza, ma anche e soprattutto dall'intervento della P.A. che autorevolmente le rinviene esistenti.

E' evidente che precedentemente all'emanazione del provvedimento, non può esserci un'aspettativa solo lì dove si conosca la assoluta assenza di spettanza del bene della vita richiesto e l'istanza si qualifichi come pretestuosa o faziosa, per non dire dolosa. Ma quando il provvedimento c'è, e fuori dalle ipotesi patologiche anzidette, l'affidamento non può che basarsi sull'attendibilità ragionevole della legittimità dell'agire della P.A., legittimità che è

da ritenersi presunta.

La pretesa legittima su cui deve basarsi l'aspettativa del privato, cioè, non può essere parametrata rispetto alla sicura spettanza del bene della vita riconoscibile dal provvedimento favorevole, salvo doversi viceversa intendere che il privato perda *ab origine* ogni aspettativa legittima nei confronti della stabilità e validità dei provvedimenti della P.A. con cui ha contatti, per il solo fatto di non essere totalmente certo dell'esito favorevole della propria istanza o magari anche della legittimità del provvedimento. Ci sarebbe sempre colpa quando il privato presenta un'istanza non accoglibile, assioma di cui non si può certamente assicurare la non confutabilità.

Infatti quest'ultimo atto giunge spesso al termine di procedimenti che prevedono fasi di valutazione rispetto alle quali ampi margini di discrezionalità rendono difficoltoso addirittura in sede di sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere, e nonostante i poteri istruttori del giudice, giungere ad un sindacato pieno ed effettivo sul fatto. Addossare al privato ed in una fase preliminare una tale valutazione e magari farne discendere una colpa, appare una forzatura.

Allora probabilmente una più precisa individuazione dei contorni della questione passa necessariamente attraverso l'individuazione dei limiti tra ragionevole convinzione sulla fondatezza della richiesta e quindi sulla legittimità del provvedimento ampliativo che la riconosca e colpa del privato. Probabilmente la Plenaria, se sceglierà di andare definitivamente a fondo sui dubbi sollevati dalle ordinanze, dovrà farsi carico di questa non semplice delimitazione di confini. Tale *actio finium regundorum* coinvolgerà con alta probabilità gli obblighi di conoscenza da rinvenire a carico del privato e la pervasività affidante dei pronunciamenti della P.A..

---

<sup>7</sup> Si veda Ad. Plen., 4 maggio 2018, n.5, la quale, tra le circostanze che il soggetto affidato deve provare, individua «la propria buona fede soggettiva, intesa come affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere attività economicamente onerose».

A ben vedere, però, proprio la previsione del requisito della pretesa legittima, richiamato dalle ordinanze ma che non trova riscontro nella manualistica classica, potrebbe essere primo destinatario di critica. Infatti, l'affidamento di cui si domanda il riconoscimento in questi casi, nasce sempre da una pretesa illegittima. Essa promana dalla mancata spettanza di un bene che pur si richiede in buona fede, cui comunque è seguita l'emanazione di un provvedimento favorevole, della cui illegittimità il privato forse nemmeno dubita, e soprattutto a cui è succeduto l'agire quantomeno colposo della P.A. che non è intervenuta per rimuoverlo ed anzi ha ingenerato, con i suoi comportamenti confermativi, l'aspettativa sulla legittimità e la stabilità dello stesso. La pretesa pare essere quella alla legittimità dell'agire della P.A. che, sebbene non possa supportare l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva "forte" come l'interesse legittimo, può ben essere tutelata con il riconoscimento dell'aspettativa o del legittimo affidamento, situazioni da ritenersi a tutela secondaria e residuale nel contesto processuale impugnatorio tipico del diritto amministrativo. La pretesa, di nuovo, è sempre la stessa che si tramanda da tempo nei repertori giurisprudenziali ma che pare non aver ancora definitivamente attecchito: ricevere un provvedimento legittimo e favorevole, e se ciò non è possibile, quantomeno legittimo e stabile, seppur negativo. Ad una più accorta riflessione, quindi, l'aspettativa non ha ad oggetto la legalità in quanto tale ma in quanto foriera di stabilità.

Come si può vedere, il ragionamento appare inquinato, anche nella individuazione nei casi *de quo* (o *de quibus* come vorrebbe qualcuno) di definizioni sull'affidamento, dall'importanza riservata anche in questo campo alla spettanza del bene della vita. Il che è, di certo, il nucleo di quella critica che qui ci si sente di muovere alla decisione in commento ed al filone giurisprudenziale di cui essa rappresenta la continuazione.

Quanto, infine, alla distinzione operata dalla prima pronuncia tra caducazione in autotutela<sup>8</sup> e giurisdizionale del provvedimento favorevole e alle riflessioni, presenti in entrambe le decisioni, sull'impatto dell'esercizio del potere giurisdizionale sull'affidamento, pare non persuadere quanto si legge in ambedue le motivazioni. Secondo le decisioni non sarebbe rinvenibile una lesione all'affidamento per via dell'origine giurisdizionale dell'atto che rimuove il provvedimento ampliativo. Sembra, così, doversi intendere che l'affidamento che prima ed in astratto poteva ritenersi esistente, venga meno solo per il fatto che non sia stata la P.A. a svilirlo, bensì il Giudice. La legittima aspettativa cessa di essere riconosciuta, quindi, perché interviene un soggetto terzo a negare quello che si era in precedenza concesso. In realtà, si può certamente affermare che l'aspettativa o l'affidamento, termini peraltro utilizzati indifferentemente dal Collegio, nascono in ragione dell'agire della P.A., della

---

<sup>8</sup> Sull'affidamento ingenerato dai poteri di autotutela in capo al privato si veda S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 36; G. C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi e i principi della funzione*, La Rosa Torino, 2014, p. 140 ss..

ragionevole presunzione di legittimità dei suoi atti, e della violazione dei basilari principi di buona fede e correttezza, e non subiscono l'intervento modificativo o estintivo di un potere terzo. Questo si sostanzia solo come evento che rimuove l'atto favorevole e manifesta l'inesistenza della pretesa spettanza di quel bene rispetto al quale il privato ha riposto il suo legittimo affidamento. Si tratta di una mera cesura, che ha le stesse capacità incisive dell'autotutela, e che è foriera solo della effettiva emersione di un affidamento che preesiste e che viene inciso dalla sottrazione, pur legittima, del bene concesso.

L'aspettativa, se c'è, è quella al mancato intervento dell'autorità giudiziaria (o della P.A. in autotutela), quindi sulla stabilità che deriva dalla validità dell'agire della P.A. e, inoltre, sulla coerenza del comportamento della stessa. Quest'ultima subisce gli effetti negativi della sua negligenza o imperizia quanto al non rendersi conto di aver concesso un provvedimento ampliativo illegittimo ed a non attivarsi nei termini più rapidi possibili prima che il privato, basandosi sul legittimo affidamento alla legittimità del provvedimento ricevuto, adotti scelte economiche poi svilite dalla rimozione del provvedimento ampliativo.

La colpa, quindi, se c'è, è quella relativa al comportamento della P.A. che in primo luogo adotta il provvedimento illegittimo e poi perpetra e rafforza, con l'inerzia, l'affidamento in capo al privato, venendo meno a quei fondamentali obblighi di correttezza e buona fede che riguardano, ormai certamente, anche l'agire della P.A.. Contrariamente a quanto pare sostenere il Collegio, sarebbe meno scevra da colpa e quindi capace di elidere, in astratto, l'affidamento, solo la rapida rimozione in autotutela da parte della P.A. dell'atto illegittimo. Essa deve considerarsi espressione della correttezza del soggetto pubblico che si attiva per controllare il proprio operato con diligenza e, ove riscontri illegittimità, adotti rimedi rapidi per evitare al privato l'assunzione di scelte che saranno svilite da una prevedibile o necessaria caducazione futura.

#### **4. Conclusioni, il peso dell'autorevolezza**

A questo punto bisogna domandarsi quale direzione abbia voluto prendere la legislazione che nei tempi più recenti ha interessato la materia del diritto amministrativo. Ebbene, è evidente che la tutela del singolo, l'aumento degli strumenti a disposizione del privato per sindacare le scelte della P.A. nei vari settori del diritto amministrativo può essere indicata come il maggiore filone o formante che ha interessato norme e decisioni degli ultimi trenta anni almeno. A partire dalla risarcibilità dell'interesse legittimo, passando per le più recenti scelte in tema di azione contro il silenzio, atipicità dell'azione *ex art. 34 c.p.a.*, atipicità dell'azione cautelare, per giungere poi alle conquiste di un potere della P.A. limitato nel tempo e di un procedimento da concludere in un termine prescritto, fino a considerare gli approdi sul



danno da ritardo e alla recentissima tendenza a veder allungati i tempi del ricorso in considerazione dell'accesso agli atti<sup>9</sup>. E così per una infinità di altri strumenti più o meno settoriali, è evidente come si vada sempre, salvo qualche eccezione che conferma la regola, verso un tendenziale ampliamento delle tutele del singolo. Basti, viceversa, rammentare a se stessi le eterne discussioni sullo strumento della SCIA e sulle ormai più che note prese di posizione giurisprudenziali e dottrinali sulla sua natura probabilmente necessaria, ma comunque da stigmatizzare perché produttiva di uno svilimento delle tutele del singolo controinteressato.<sup>10</sup> Egli, infatti, è costretto a passare attraverso il sindacato del silenzio della P.A. sulla sua richiesta di esercizio dei poteri caducatori, piuttosto che poter impugnare direttamente un provvedimento di concessione o autorizzazione. E poi, ancora, il riconoscimento forte dell'affidamento a seguito della c.d. riforma Madia, intervenuto soprattutto quanto alla disciplina dell'autotutela.

Non vi è chi non veda che ridurre la tutela sia una scelta in controtendenza rispetto alla direzione del diritto amministrativo italiano, nonché europeo od eurounitario, e che, d'altra parte, ridurre gli affidamenti evochi allo stesso modo un senso di profonda contraddizione rispetto alle esigenze dei singoli e alle crescenti tutele necessarie per dare coerenza ad un sistema che può continuare ad esistere in alternativa a quello di diritto civile, solo ove accolga certe imprescindibili istanze.

Inoltre, è da segnalare la tendenza a descrivere la Pubblica Amministrazione come soggetto da un lato *super partes*, dotato di caratteristiche di superiorità, il quale non è responsabile degli affidamenti se le proprie scelte errate vengono messe in discussione dall'autorità giudiziaria, e dall'altro "*Umano, troppo umano*"<sup>11</sup> lì dove la giurisprudenza più recente tende a obliterare quella ontologica caratteristica, tipica della P.A., di soggetto qualificato cui i singoli guardano, e debbono guardare, pena la dissoluzione di ogni equilibrio. Essa non può permettersi di perdere o di dimenticare di avere - e la giurisprudenza non può avallare tali amnesie - quelle peculiarità che la rendono soggetto per così dire "professionale" del diritto amministrativo, idoneo con le sue strutture articolate e con le capacità di cui sono dotate i propri organi, di potersi stagliare come il referente più qualificato cui il singolo può rivolgersi. Quando perciò la P.A. emette il provvedimento, dando luogo alla risposta formale e tipizzata al contatto che il singolo stabilisce con la propria istanza, è ben capace di produrre affidamenti nei confronti di chi legittimamente e senza alcun vizio della volontà, si sia rivolto ad essa per domandare il riconoscimento di un bene della vita di cui ritiene probabile od anche solo possibile la spettanza.

Al privato, viceversa, non possono addossarsi i costi derivanti dai requisiti che la P.A.,

---

<sup>9</sup> Ad. Plen., 2 luglio 2020., n. 12.

<sup>10</sup> In particolare si veda Tar Toscana, ord. 11 maggio 2017, n. 667 e sent. Corte Cost. n. 45 del 2019 che ha rigettato la questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 6 ter L. 241/90.

<sup>11</sup> F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano. Un libro per spiriti liberi (Menschliches, Allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister)*, 1878-1879.

solo in alcune situazioni più gravose, vorrebbe non avere. Per dirla in altro modo, non può gravare sul privato l'onere di presentare soltanto domande del cui accoglimento sia certo oltre ogni ragionevole dubbio. Non è quindi né può essere il singolo quel soggetto a cui sono demandati i costi, economici e no, necessari alla verifica della spettanza preventiva del bene vita, utile a sottoporre all'Amministrazione solo le istanze di certo e sicuro accoglimento. Ciò comunque non potrebbe ontologicamente essere concepibile perché il riconoscimento o meno del bene della vita passa, quasi sempre, attraverso l'esercizio di scelte di discrezionalità della P.A. i cui scenari non possono essere previsti dall'istante e che, viceversa, possono fondare un sindacato ovviamente solo a posteriori sulla ragionevolezza.

Quindi, stando alla ricostruzione operata dall'ordinanza in commento, ed esasperandone i limiti i quali non vi trovano una precisa individuazione, lì dove ci sia una qualsiasi percentuale di probabilità del rigetto della richiesta, sarebbe precluso *ab origine* il riconoscimento di qualsiasi affidamento legittimo in capo al privato. Sarebbe quindi da ritenersi illegittimo ogni affidamento compiuto nei confronti di un provvedimento rispetto al quale le scelte della P.A., seppur imprevedibili, siano comunque potenzialmente foriere di un affidamento in buona fede ed *ex ante* sulla sostenibilità in fatto ed in diritto delle stesse. Per concludere, non si ritiene che sia il singolo a dover cercare a priori l'autorevolezza in altro luogo, presso professionisti privati magari, che diano crismi di certezza alle proprie istanze. E' al contrario la P.A. che deve accettare che le proprie scelte, seppur illegittime, siano capaci di ingenerare affidamenti. Basti pensare, a conferma di ciò, alle tendenze giurisprudenziali anche europee relative ai settori dell'urbanistica inclini a riconoscere affidamenti anche in capo a soggetti consci della violazione compiuta, rispetto alla quale per lungo tempo l'attività della P.A., a conoscenza della situazione, non si sia attivata per la rimozione dell'abuso<sup>12</sup>.

La presenza e la persistenza del ruolo differente che l'ordinamento riconosce in capo all'Amministrazione in quanto soggetto per antonomasia autorevole sulle materie di propria competenza, è confermata, del resto, dalla ciclica riemersione di tentativi di ricondurre la responsabilità della P.A. alla teoria del contatto sociale che proprio negli affidamenti derivanti dall'agire di un soggetto particolarmente qualificato, rinviene il suo nucleo centrale.<sup>13</sup> Delle due l'una: o anche solo in astratto il contatto sociale non può ritenersi concepibile, oppure se ancora vi è chi trova ragioni per sostenerlo con forza, si deve dedurre che la P.A. non è un operatore come un altro del mondo del

---

<sup>12</sup> S. BERETTA, *I confini tra abuso edilizio, incolpevole affidamento e motivazione della PA*, in 4clegal.com, 2018; I. TOMAT, *Legittimo affidamento del privato negli abusi edilizi: la giurisprudenza*, in giuricivile.it, 2019; M. C. SPENA, *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della pubblica amministrazione e legittimo affidamento del privato*, in Riv. Giur. Ed., 2015; in giurisprudenza Cass., Sez. 3, n. 17398 del 19 marzo 2019; Cedu, sentenza Ivanova, Cherkezev c. Bugaria del 21/04/2016 n. 46577/15.

<sup>13</sup> Si veda recentemente, Sentenza C.G.A. Regione Sicilia n.1136 del 2020, la quale ha rimesso alla Plenaria la questione sulla natura della responsabilità della P.A..

diritto, anche quando mette in atto meri comportamenti, e rispetto a tale inferenza è necessario determinarsi di conseguenza.

Si ritiene forse più interessante e probante l'indagine su una serie di limiti molto labili cui probabilmente il ragionamento della Plenaria dovrà tener conto: cosa può fare la P.A. per non far sorgere l'affidamento dinanzi ad un atto illegittimo? E quali sono, se esistono, tempi utili ad evitare il radicamento dell'affidamento legittimo del privato dinanzi al provvedimento ampliativo poi dichiarato illegittimo? E ancora, è possibile in radice escludere l'affidamento legittimo del privato dinanzi ad un tale provvedimento ampliativo poi rimosso, oppure la P.A. è condannata a subire sempre gli effetti dell'affidamento comunque ingenerato a causa del peso della sua autorevolezza?

Le risposte passano attraverso la parametrizzazione di quali siano i canoni di correttezza e buona fede cui deve rifarsi il soggetto pubblico, a quale modello deve ispirarsi per andare esente da responsabilità.

Rispetto a chi vorrebbe una P.A. sempre più privata o privatistica e quindi deresponsabilizzata rispetto alle sue peculiarità basilari, deve qui certamente proporsi un sistema che individui una responsabilità rafforzata del soggetto pubblico. E se, da una parte, è stato necessario l'intervento del legislatore utile al superamento della c.d. paura della firma e della c.d. amministrazione difensiva del dipendente pubblico<sup>14</sup>, dall'altra è chiaro che queste riforme hanno una loro logica lì dove tentino di attenuare gli effetti che derivano dalle caratteristiche necessarie dell'Amministrazione. Esse esistono proprio perché la P.A. deve mantenere, senza farne ricadere i costi sul dipendente pubblico, le sue peculiarità di soggetto che crea di per sé affidamenti col proprio agire, perché unico punto di riferimento in materia, e che pertanto è obbligato a rispettare degli obblighi di buona fede di certo più gravosi rispetto ad un qualsiasi altro operatore del diritto o del mondo economico. L'Amministrazione deve perseguire il pubblico interesse e non il suo interesse personale che le consentirebbe di considerare solo ciò che di dannoso si può ragionevolmente evitare al prossimo con il proprio corretto agire. All'interno del grande contenitore dell'interesse pubblico vi è anche la correttezza, non solo delle scelte provvedimentali ma anche di quelle comportamentali, coerenti con il ruolo di *dominus* paternalistico delle vicende amministrative, al fine di gestire con la migliore efficienza il ruolo istituzionale. La ragionevolezza e la effettiva richiedibilità di determinate cautele ed attenzioni è necessariamente tarata su un livello di maggiore cura naturalmente demandata al soggetto pubblico, tanto da individuare un coefficiente di buona fede molto alto e gravoso che non ci si sorprenderebbe di individuare al confine con la responsabilità oggettiva o senza colpa.

Se nella responsabilità provvedimentale la colpa della P.A. è presunta in ragione dell'illegittimità del provvedimento, allo stesso modo potrebbe sommessamente inferirsi che anche nella responsabilità comportamentale la colpa è presunta in

---

<sup>14</sup> Si veda la recente riforma dell'abuso d'ufficio, nonché il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 sulla temporanea esclusione della responsabilità erariale per attività commissiva del pubblico dipendente estesa fino al 31 luglio 2021.

conseguenza dell'illegittimità del provvedimento, o forse della mancata rimozione, in tempi tanto rapidi quante sono le strutture e i mezzi a disposizione dell'Amministrazione, del provvedimento medesimo.

Quindi, se il privato è in buona fede, l'affidamento sembra sussistere praticamente sempre, salvo la prova contraria della P.A. di una inconoscibilità dell'illegittimità del proprio agire magari per vaghezza e poca chiarezza della norma di riferimento o dell'impossibilità non imputabile del suo mancato agire per il congestionamento delle proprie articolazioni, e sarà soltanto una questione di individuazione del *quantum* risarcitorio correlato alla gravità delle conseguenze ed al tempo trascorso.

Accettando, e di buon grado, la teoria che vede queste forme di responsabilità quali espressioni del tipo contrattuale<sup>15</sup>, la P.A. dovrà giustificare il proprio agire tramite la prova della scusabilità del proprio inadempimento all'obbligo di buona fede.

La partita, in un eventuale giudizio, si giocherà più che altro sulla prova che il privato deve fornire sulla propria buona fede. Rileveranno in tal caso le caratteristiche del privato, se *quisque de populo* oppure professionista esperto in materia, rispetto al quale l'ignoranza dell'illegittimità del provvedimento sarà più difficilmente dimostrabile. Di certo, e di nuovo, deve escludersi la possibilità che al privato sia demandato l'onere di rivolgersi ad esperti della materia per controllare se il provvedimento favorevole ricevuto sia effettivamente legittimo e per sottrarsi alla colpa, instillando una sorta di dubbio persistente sulla illegittimità potenziale di ogni singola scelta della P.A.. Ciò contraddice ogni ragionevole logica la quale, affinché il sistema funzioni e sia appetibile economicamente dagli investitori italiani ed esteri, deve volere e pretendere una Amministrazione capace di dare certezze e non di inoculare dubbi. Proprio verso questi obiettivi era rivolta la critica di Massimo Severo Giannini che nel lontano 1978 già metteva in guardia contro una P.A. che manifestava ancora i soliti problemi endemici e si presentava come «una creatura ambigua, irragionevole, lontana» e non piuttosto come un «amico sicuro ed autorevole»<sup>16</sup>.

La questione, viceversa, potrebbe complicarsi aprendo il campo alla rilevanza del dubbio del singolo che riceva un provvedimento che potrebbe sembrare illegittimo. In questo caso bisognerà, di nuovo, riferirsi a concetti e clausole elastiche, le quali hanno

---

<sup>15</sup> In questo caso è certo che il "contatto" si è instaurato con la P.A. attraverso il provvedimento che rende soggetto pubblico e soggetto privato non più solo due estranei soggetti alle regole del *neminem laedere*, ma legati da un vincolo relazionale rilevante. Si veda *ex multis* Cass., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236 su cui si segnala G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (Nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, in *giustiziainsieme.it*, la quale tuttavia sostiene la giurisdizione del giudice ordinario; nonché Cass. Civ. Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6594; Cass. Civ. Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6595; Cass. Civ. Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6596, tutte in *Il Foro it.*, 2011, 9/1, pp. 2398-2400; F.FERRETTI, *Lesione dell'affidamento del privato ad opera della P.A. e conseguenze sul riparto di giurisdizione*, in *www.judicium.it*, *Judicium*, Pacini Giuridica, gennaio 2020.

<sup>16</sup> M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, Roma, Tipografia del Senato, 1979; S. SEPE, *Storia dell'amministrazione italiana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 167.



ad oggetto il limite di richiedibilità del dubbio in capo al privato. E' in ogni caso difficoltoso individuare, in astratto, quando al privato non possa non addossarsi l'onere del dubbio, e ove tale sospetto non sorga, rinvenire nel suo comportamento la colpa che sta nel fraintendere con la cieca fiducia quello che dovrebbe essere *soltanto* - si fa per dire - affidamento legittimo. Salvo i casi in cui *ictu oculi* il provvedimento rechi delle incongruenze palesi e difficilmente non riconoscibili, sarà necessario un approccio casistico che tenga conto anche delle caratteristiche personali del privato.