

## La lesione dell'affidamento

In tema di giurisdizione sulla lesione dell'affidamento, i principali punti di frizione tra l'orientamento della Cassazione (inaugurato con le note ordinanze gemelle del 2011<sup>1</sup> e culminato nell'ordinanza n. 8236 del 2020) e la soluzione adottata dalla Adunanza Plenaria (sentenza 29 novembre 2021, n. 20) riguardano la natura giuridica dell'affidamento e del comportamento che tale affidamento lede.

Si tratta di questioni di ampio respiro, che finiscono per intercettare snodi nevralgici del diritto amministrativo sostanziale (la stessa nozione di interesse legittimo) e processuale (la delimitazione dei criteri di riparto) e che evocano dunque plurime considerazioni, anche di ordine sistematico.

Sul piano sostanziale, la Cassazione configura l'affidamento come diritto soggettivo, prima all'integrità patrimoniale, poi (recependo le critiche a questa nozione, che elide il filtro dell'ingiustizia e apre la stura ai danni meramente patrimoniali<sup>2</sup>) come diritto soggettivo *tout court*.

L'Adunanza Plenaria, invece, esclude che l'affidamento sia una situazione a sé stante e lo configura piuttosto come un principio generale, che accede alla (e mutua la natura della) situazione giuridica sottostante.

Nel fare ciò - e, soprattutto, nel riconoscere la propria giurisdizione sulla lesione dell'affidamento anche in sede di giurisdizione di legittimità - l'Adunanza Plenaria finisce per prospettare una lettura evoluta dell'interesse legittimo il quale accoglie nel suo perimetro l'interesse del privato non solo al conseguimento del bene della vita, ma anche al conseguimento del medesimo bene in modo definitivo e duraturo (e dunque, legittimo, atteso che l'acquisizione illegittima del bene è, in quanto, tale intrinsecamente instabile).

Detto in altri termini, e rovesciando la prospettiva: anche laddove l'interesse pubblico precluda l'acquisizione del bene della vita - il che è ben possibile atteso che l'interesse legittimo è situazione soggettiva a soddisfazione non garantita -

---

<sup>1</sup> Sez. Un., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595 e 6596.

<sup>2</sup> Discorre di "liquefazione stessa dell'ingiustizia del danno come requisito di risarcibilità del medesimo" C. Scognamiglio, Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana, in Nuova giur. civ. comm., 2014.

sussiste comunque un interesse (tutelabile) del privato a che l'amministrazione non ingeneri in lui un affidamento in ordine alla possibilità di conseguirlo.

Verrebbe dunque in rilievo una sorta di facoltà o pretesa, interna all'interesse legittimo al pari degli interessi procedimentali<sup>3</sup>, ma – a differenza di questi – risarcibile a prescindere dal giudizio sulla spettanza del bene della vita (chè, anzi, proprio la “non spettanza” – ove accompagnata dalla sussistenza di un convincimento ragionevole sulla spettanza – rappresenterebbe il presupposto della fattispecie risarcitoria)<sup>4</sup>.

Fra i due punti di frizione, tuttavia, il più rilevante è senza dubbio il secondo, ovvero la natura ascrivibile al comportamento lesivo, poiché la sua configurazione quale “comportamento mero” conduce ad escludere la giurisdizione del G.A. anche nelle materie di giurisdizione esclusiva.

A tale esito le SS.UU. pervengono, in estrema sintesi, affermando che la lesione non è causata dal provvedimento favorevole (che in sé non è dannoso per il privato e che, in ogni caso, una volta eliminato *ex tunc* rileva come mero fatto), bensì da una fattispecie complessa costituita (oltre che dall'incolpevole affidamento del privato e dal successivo annullamento dell'atto) dal comportamento che ha condotto all'emanazione dell'atto illegittimo, il quale - appunto in quanto contrario a regole di correttezza proprie del diritto comune - risulterebbe del tutto sganciato dall'esercizio del potere, estraneo al *thema decidendum*.

Tuttavia, nel degradare il provvedimento a mero fatto, e soprattutto nel configurare il comportamento come “meramente materiale” sulla base dell'asserita valenza privatistica delle regole violate, si finisce da un lato per equiparare “l'esercizio illegittimo del potere, poi rimosso” alla “assenza di potere”, dall'altro per delineare surrettiziamente un criterio di riparto (impennato

---

<sup>3</sup> F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017: “le pretese o facoltà partecipative sono strumenti di sostegno, e di esercizio, nel procedimento, dell'interesse legittimo, di cui sono titolari i privati”.

<sup>4</sup> G. Serra, “Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita”, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2021: “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.52. 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”.

appunto sulla natura dei parametri violati) che non trova riscontro nell'ordito costituzionale, secondo la lettura fornita dalla Consulta, e nell'art. 7 c.p.a., che di tale lettura rappresenta il recepimento.

In realtà nella complessa fattispecie generativa del danno evocata dalle SS.UU. sussistono momenti di innegabile matrice pubblicistica (l'adozione dell'atto ampliativo illegittimo e l'eventuale annullamento in autotutela); derubricando il provvedimento a mero fatto si rischia di “*smarrire il senso complessivo dell'agire amministrativo*”<sup>5</sup>, anche perché, sul piano del nesso causale, la circostanza che il danno non sia immediatamente cagionato dal provvedimento (favorevole) ma emerga solo dopo l'annullamento dell'atto (giurisdizionale o officioso) ha una valenza innegabile sul piano cronologico ma non elide *in toto* il nesso eziologico<sup>6</sup>.

Emerge piuttosto la necessità, richiamata dall'Adunanza Plenaria, di indagare il contesto in cui si colloca la fiducia (mal)riposta del privato.

Laddove si sia instaurata, nei binari del procedimento, una relazione tra cittadino e p.a., la condotta che viene rimproverata all'amministrazione è una condotta procedimentalizzata, che si sostanzia nell'aver adottato un provvedimento senza avvedersi della sua illegittimità; il rapporto di base è sperequato, gli interessi sono asimmetrici, tanto che l'affidamento del privato non è riposto in un comportamento specifico della p.A., bensì nella legittimità del provvedimento e nella stabilità dei suoi effetti. Appare dunque difficile ritenere che questo comportamento sia *in toto* sganciato dal potere e non rappresenti, piuttosto, un comportamento riconducibile, anche se in via mediata, all'esercizio del potere stesso, ex art. 7, comma 1, c.p.a., la cui cognizione non può dunque essere sottratta al giudice amministrativo, giudice “ordinario” e naturale della funzione pubblica.

Diversamente, laddove l'Amministrazione, agendo *jure privatorum*, deluda la fiducia del privato nell'alveo di una relazione di stampo privatistico, la giurisdizione sarà devoluta al G.O. venendo in rilievo un “mero comportamento”.

Per quanto riguarda in particolare le regole violate, è interessante notare (anche a testimonianza dell'attenzione con la quale le Supreme Corti hanno seguito il

---

<sup>5</sup> V. Neri, La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?, in Urb. app., 2020, 6.

<sup>6</sup> 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 *Giustiziainsieme.it*, febbraio 2021.

dibattito dottrinale) che le SS.UU. hanno evocato la distinzione, operata in dottrina, tra affidamento legittimo e incolpevole<sup>7</sup>.

Secondo questa ricostruzione l'affidamento legittimo (di cui è espressione paradigmatica l'annullamento d'ufficio) trova una protezione di tipo preventivo nel rapporto amministrativo attraverso una serie di regole che pongono limiti al potere di autotutela (imponendo un'adeguata istruttoria, il rispetto del contraddittorio o fissando limiti temporali), la cui violazione dà luogo all'invalidità provvedimentoale.

Quando tali regole siano state rispettate, e quindi sia scongiurata l'invalidità di diritto pubblico del provvedimento di autotutela, residua la possibilità della lesione del (diverso) affidamento incolpevole (il quale già nella denominazione evoca la necessità di coefficienti soggettivi in capo al privato), per effetto della mancata conformità del comportamento tenuto dall'amministrazione alle regole di correttezza e buona fede (le quali, in quanto prettamente civilistiche, determinerebbero una lesione risarcibile dal G.O.).

Ciò che desta perplessità non è la distinzione, invero presente anche nella giustizia amministrativa, fra regole di correttezza, che se violate comportano l'illiceità del comportamento, e di validità, che trasmodano nell'illegittimità del provvedimento<sup>8</sup>, quanto le conseguenze che se ne vogliono trarre in punto di giurisdizione.

La diversa natura delle regole incide senza dubbio sulla forma di tutela erogabile (risarcitoria nel caso delle regole di correttezza, caducatoria nel caso di regole di validità) ma non può determinare, *ex se*, l'individuazione del giudice deputato ad erogare quella tutela.

Stante infatti la natura remediale del risarcimento - che non è un nuovo diritto, né tanto meno una nuova "materia", bensì un rimedio a tutela delle posizioni giuridiche tutte<sup>9</sup> - l'individuazione del giudice munito di giurisdizione dovrebbe pur sempre essere condotta alla luce dell'art. 7 c.p.a, e ancorata quindi alla riconducibilità (anche mediata) della condotta all'esercizio del potere<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018.

<sup>8</sup> Cfr. Adunanza Plenaria, 4 maggio 2018, n. 5: "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)".

<sup>9</sup> Corte Cost. sentenze 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191.

<sup>10</sup> In proposito è stato osservato (F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 24/2011) «è proprio incontrovertibile che l'affidamento sia un diritto soggettivo (o un interesse legittimo)? O meglio, è sicuro che esista un diritto all'affidamento o un diritto alla correttezza dell'azione amministrativa svincolato dalla vicenda amministrativa autoritativa?»

Per le medesime ragioni non sembra potersi affermarsi la giurisdizione ordinaria per il solo fatto che, nel giudizio risarcitorio, l'illegittimità del provvedimento non ricada nel *thema decidendum*. Se è vero che, in quel giudizio, l'illegittimità del provvedimento favorevole, ormai annullato, è un *prius* già acclarato, tuttavia un sindacato che investe (sia pure *sub specie* di liceità) un comportamento amministrativo è pur sempre un sindacato sul potere.

Più a monte, è dubbia la configurabilità delle regole di correttezza e buona fede come regole squisitamente privatistiche, operanti unicamente nei rapporti interprivati e prive di una valenza (anche) pubblicistica.

L'affidamento ha genesi antica, nel diritto romano, e trova piena cittadinanza nel diritto civile, ma ha nel tempo acquisito natura trasversale: figura fra i principi dell'ordinamento europeo grazie all'elaborazione della CGUE (che lo ha enucleato attingendo alla giuspubblicistica tedesca) e si è ormai affermato nel diritto amministrativo, inizialmente solo in via pretoria (cfr. già la Plenaria n. 5 del 2006, in tema di responsabilità precontrattuale) e poi mediante espressa codificazione (cfr. l'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241/90 - che impronta le relazioni tra il cittadino e la PA ai principi della collaborazione e della buona fede<sup>11</sup> - e, da ultimo, l'art. 5 del Nuovo codice degli appalti, che discorre di "*affidamento sul legittimo esercizio del potere*").

Ciò senza obliterare che a supporto del rilievo (anche) pubblicistico delle regole di correttezza militano pure ragioni di ordine sistematico (poiché, come evidenziato dalla stessa giurisprudenza del giudice ordinario<sup>12</sup>, il fondamento dei doveri di buona fede e correttezza deve rinvenirsi nell'art. 2 Cost. e dunque nei doveri inderogabili di solidarietà sociale, che si impongono a tutti i soggetti

---

*Cioè si è sicuri che la lesione dell'affidamento e la violazione della correttezza – che resta uno dei vizi di legittimità del procedimento amministrativo da tempi "sandulliani" e quindi costituisce un "parametro" del sindacato – diano invece luogo a posizioni soggettive autonome svincolate dalla vicenda sostanziale cui si riferiscono e idonee a essere riparate da un giudice diverso da quello della vicenda sostanziale? Cioè, si possono scorporare correttezza, non discriminazione, buon andamento, ecc. dal procedimento amministrativo e quindi dal luogo tipico di esercizio della funzione e di composizione tra interessi contrapposti? (Non si sottovaluti la normale trilateralità delle vicende sostanziali in esame e la potenziale plurioffensività dell'unica manifestazione del potere che si rinviene in esse). O piuttosto il giudice "ordinario" e naturale della funzione pubblica dovrebbe conoscere anche di quelle lesioni e di quelle violazioni provocate nell'esercizio del potere pubblico nell'ambito di una medesima vicenda sostanziale?».*

<sup>11</sup> Come evidenziato (Clara Napolitano "Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20) in *Giustiziasieme.it*, si tratta di "una disposizione che prende atto del mutamento del procedimento amministrativo da segreto e unilaterale a partecipato e paragiurisdizionale. Si deve cioè ormai tener conto del fatto che il provvedimento che conclude la diacronia procedurale di atti – sia stata avviata essa su istanza di parte od officiosamente – è una vera e propria decisione partecipata. I suoi effetti sono, sì, unilaterali. Ma vengono da una determinazione che la p.A. assume insieme al privato. Questo ha due conseguenze fondamentali: sul piano provvedimentale, che la decisione è l'effetto della partecipazione al processo creativo sia della p.A. sia del privato; sul piano comportamentale, che entrambe le parti sono tenute a rispettare i principi della buona fede e della correttezza nel rapporto pubblicistico che si crea. Il quale si nutre anche del principio fondamentale dell'affidamento: senza per questo vestirsi di natura interprivatistica".

<sup>12</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

dell'ordinamento, nell'ambito di ogni rapporto e di ogni settore) e storico (come osservato da accorta dottrina, alle origini del diritto romano l'istituto della *fides* riguardava proprio rapporti di tipo non paritario, in cui una delle parti esercitava un potere di supremazia sull'altra, operando come limite all'esercizio del potere<sup>13</sup>).

Un'ultima considerazione in punto di riparto.

L'orientamento della Cassazione finisce per consegnare a due destini differenti - anche nelle materie di giurisdizione esclusiva - la tutela del soggetto danneggiato dal provvedimento ampliativo (il quale può adire il G.A. per ottenere la tutela caducatoria e il risarcimento del danno subito) e la tutela del beneficiario il quale invece (in quanto titolare di un interesse legittimo pretensivo illegittimamente soddisfatto, dal quale a seguito dell'annullamento residua un diritto soggettivo all'affidamento leso da un comportamento meramente materiale) deve rivolgersi al giudice ordinario per conseguire la tutela risarcitoria.

Da tale costruzione discende la configurazione di un limite alla giurisdizione esclusiva correlato in ultima analisi - non al binomio spendita/mancata spendita di potere amministrativo, bensì - alla diversa posizione assunta dalle parti nella vicenda sostanziale (e processuale). Sembra pertanto inevitabile il richiamo al monito della Consulta, per la quale "*l'ordinamento non conosce materie a giurisdizione frazionata in funzione della differente soggettività dei contendenti*".

Anna Saporito

---

<sup>13</sup> F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.