

NINO PAOLANTONIO

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
nino.paolantonio@studiodclarizia.com

BUONA FEDE E AFFIDAMENTO DELLE PARTI

GOOD FAITH AND TRUST OF THE PARTIES

SINTESI

L'affidamento incolpevole di chi ripone fiducia nel pubblico potere è un diritto soggettivo. Nel lavoro si critica la giurisprudenza del Consiglio di Stato che non solo qualifica l'affidamento come interesse legittimo ma esclude che esso sia incolpevole tutte le volte che il provvedimento in cui si ripone fiducia sia "manifestamente illegittimo" o quando il provvedimento favorevole sia impugnato da un terzo. Il lavoro prende in esame il tema dell'affidamento della pubblica amministrazione proponendo di abbandonare la teoria della immedesimazione organica per valorizzare gli stati emotivi dei funzionari pubblici, tra cui la fiducia, quali condizioni necessarie per una ridefinizione della organizzazione e della azione dei pubblici poteri.

ABSTRACT

The good faith of those who place their trust in public power is a subjective right. The study criticizes the jurisprudence of the Council of State which not only qualifies the assignment as a "legitimate interest" but excludes it whenever the provision in which trust is placed is "manifestly illegitimate" or when the favorable provision is challenged by someone. The study also examines the issue of public administration entrustment proposing to abandon the theory of organic identification to enhance the emotional states of public officials, including trust, as necessary conditions for a redefinition of the organization and action of public powers.

PAROLE CHIAVE: responsabilità, buona fede, rapporto, affidamento

KEYWORDS: liability, fairness, relationship, legitimate expectation

Indice: 1. – Premessa. 2. – Le situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel tema. Irrelevanza. L'affidamento del privato è un diritto soggettivo. 3. – Contraddizioni e complicazioni della giurisprudenza. 4. – L'affidamento che non c'è. Ulteriori contraddizioni dell'Adunanza plenaria. 5. – L'affidamento della pubblica amministrazione. La centralità della persona del funzionario e la rilevanza giuridica delle emozioni.

1. Premessa. Il titolo di questo studio si riferisce all'"affidamento delle parti"

Il riferimento è alle parti del rapporto che corre tra soggetto privato – o pubblico, nella varietà dei casi in cui ciò possa verificarsi; ad esempio, nei procedimenti cc.dd. pluristrutturati – ed amministrazione.

Si tratta di un rapporto giuridico (che deve essere) presieduto da condotte reciproche ispirate “ai principi della collaborazione e della buona fede”, secondo l'enfatico proclama dell'art. 1, comma 2 bis, della l. n. 241 del 1990.

L'affidamento di cui tratterò, dal lato della parte pubblica, è quello che concerne la titolarità del titolare del potere: possono essere tralasciate le vicende dei rapporti contrattuali, coinvolgano essi una parte pubblica ed una parte privata, da un canto, o due o più parti pubbliche, dall'altro. In questi rapporti non viene infatti in giuoco esercizio alcuno di potere ma esclusivamente diritti ed obblighi reciproci, soggetti alla disciplina del codice civile.

Ad ulteriore premessa, osservo che il principio del legittimo o incolpevole affidamento, se riferito alla sola parte privata, non ha ragion d'essere; non solo per la reciprocità degli stati soggettivi in rilievo di cui il diritto privato ci dà conto, ma anche perché la mala fede non riconoscibile non può essere presupposto per l'insorgenza dell'affidamento, secondo una struttura chiasmica.

Voglio dire che, se il privato ispira la propria condotta a mala fede riconoscibile, delle due l'una: o v'è reazione del potere nei limiti del principio di legalità oppure è in mala fede anche l'amministrazione, e allora di affidamento non v'è luogo a parlare. In questo senso, credo che la matrice della buona fede

(*) Questo scritto è dedicato alla memoria di Mahsa Amini e di tutte le donne e uomini vittime della dittatura iraniana.

e dell'affidamento sia la stessa e il controcanto alla prima da parte del secondo non deve dissonare, non deve cambiare tonalità: altrimenti stona.

Non sembrano queste premesse un tentativo elusivo di percorrere l'ambulacro che conduce al rapporto tra autotutela decisoria e affidamento; escluderei che, dinanzi al potere di secondo grado, l'affidamento configuri – come è stato suggerito – una situazione soggettiva altra rispetto a quella nascente dal provvedimento illegittimo poi sottoposto ad autoannullamento. Questo accade quando si dice – secondo un argomentare che riscuote un considerevole consenso – che l'affidamento concorre a consolidare un valore obiettivo quale la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici ⁽¹⁾, come da tempo afferma anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ⁽²⁾ dal che discenderebbe che l'affidamento non sarebbe una situazione giuridica soggettiva autonoma, che sorgerebbe dalla pretesa alla corretta considerazione dell'interesse del privato all'interno del procedimento di autotutela, ma un principio generale dell'azione amministrativa, che fa sorgere nel destinatario del provvedimento favorevole l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale atto ⁽³⁾.

1 Tra gli studi monografici di diritto amministrativo si vedano F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

2 Una accurata, aggiornata e ragionata rassegna di giurisprudenza europea in M.P. NASTRI, *Spunti di riflessione in tema di tutela del legittimo affidamento del contribuente. Profili nazionali ed europei*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, p. 1054.

3 C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, p. 3. Dal che si desume che la situazione giuridica soggettiva sarebbe un'aspettativa, probabilmente qualificata, e quindi, a mio avviso, un diritto soggetto, comunque se ne voglia intendere la genesi: se da fatto illecito o da inadempimento contrattuale, quest'ultimo conseguenza della violazione di una regola di condotta nel paradigma della teoria della responsabilità da contatto sociale, fatta propria dalla recente giurisprudenza della Corte di cassazione a sezioni unite. Sul tema mi paiono convincenti le considerazioni di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 143, critico nei confronti della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 7 del 2021 che, qualificando la natura della responsabilità in cui l'amministrazione può incorrere nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche, la ha ricondotta alla extracontrattuale: “[...] la circostanza che l'amministrazione sia titolare di un potere autoritativo non esclude sul piano logico, né su quello del diritto positivo, la configurabilità di uno o più obblighi di comportamento in seno al procedimento, rispetto al quale ipotizzare l'eventuale inadempimento, causa di responsabilità “contrattuale”. La dottrina che concepisce il rapporto amministrativo come rapporto obbligatorio, del

Tuttavia, mi pare che il problema risieda proprio nel fatto che il cittadino non ha interesse a pretendere che nel procedimento di secondo grado l'autorità consideri adeguatamente la sua posizione: questo è un obbligo strumentale che diamo per scontato, che la legge prevede e che la teoria generale insegna da decenni.

Il privato ha viceversa interesse a mantenere il bene della vita che l'amministrazione gli sottrarrebbe con l'autotutela: che ciò accada legittimamente non importa certo al privato, del quale occorrerà solo considerare il grado di consapevole percezione, in relazione a standard oggettivi (una perizia tecnica, il contenuto stesso del provvedimento) e soggettivi (il grado di erudizione, le sue capacità cognitive ed intellettive, le circostanze in cui egli abbia delegato la cura dei propri interessi a terzi).

Si pensi alla percezione di un indebito aiuto di Stato: non occorre che l'operatore economico sia giurisperito per comprendere che in questo caso nessun legittimo affidamento può sorgere circa la pretesa di conservare il beneficio, a prescindere dalla configurazione della situazione materiale nel cui ambito il potere originario è stato esercitato.

È un po' come per l'interesse legittimo: non c'è pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, della quale al privato non cale nulla, ma solo aspirazione a conservare o conseguire un vantaggio tangibile. Per questo, *per incidens*, rimango convinto che l'interesse legittimo sia in realtà un'aspettativa qualificata⁽⁴⁾.

2. Le situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel tema. Irrilevanza. L'affidamento del privato è un diritto soggettivo

resto, non nega l'esistenza del potere; più semplicemente, ravvisa nella disciplina del procedimento la fonte di un complesso di diritti del privato, corrispondenti ad altrettanti obblighi di prestazione o di protezione in capo all'amministrazione".

4 Ritieni E.G. COCA, *Il processo amministrativo, ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1095, che l'aspettativa non sia una situazione soggettiva ma "[...] uno stato di fatto, lesivo di situazioni soggettive, ossia di diritti o di interessi legittimi". Sulla aspettativa qualificata nell'ambito delle situazioni giuridiche soggettive mi permetto rinviare al mio *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 11 ss.

Purtroppo la giurisprudenza, ordinaria ed amministrativa, ci riporta alla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo ed agli eterni equivoci nei quali induce la seconda figura.

Recenti decisioni della Plenaria e delle Sezioni unite resuscitano, sotto altre forme, non meno tediose di quelle antiche, il problema delle situazioni soggettive, con particolare riguardo all'affidamento del privato, ma anche dell'amministrazione.

Le sentenze sono quelle pronunciate dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nn. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021 ⁽⁵⁾, e l'ordinanza della Cassazione a sezioni unite del 28 aprile 2020, n. 8236⁶.

Secondo la Plenaria, "nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi si colloca anche l'affidamento. Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi".

L'affermazione mi trova concorde, anche se andrebbe approfondita alla stregua della teorica delle situazioni meritevoli di tutela, ben descritta nella nota sentenza delle Sezioni unite n. 500 del 1999.

Ad ogni modo, se l'affidamento è inteso in senso oggettivo e viene indicato come un bene della vita meritevole di tutela, di appartenenza indifferentemente pubblica o privata, non mi pare possano sorgere obiezioni. Se si ritiene, ancora, che la nozione di affidamento tutelabile, e quindi incolpevole, sia appli-

5 Sentenze molto commentate: V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 679; C. VILLANACCI, *Aspettative e affidamenti nella responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione alla luce di una recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Il processo*, 2022, p. 507; M. ALESIO, *Concorso di colpa dell'impresa aggiudicataria e responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*, in *Dir. giust.*, 2021, p. 4. V. anche M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 705.

6 Sulla quale v., G. GUGLIELMI, *La responsabilità precontrattuale della p.a.: i nuovi (discutibili) criteri individuati dalla Adunanza plenaria n. 21/2021 per il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 933; A. NICOLUSSI – F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità "pre-provedimentale" della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 791; P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda et eius incommoda*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1193.

cabile tanto alle condotte dei privati quanto a quelle dell'amministrazione, anche qui non mi pare possibile un disaccordo.

Il problema sorge quando, come fa la Plenaria, si configurano due tipologie di affidamento: una di diritto privato e l'altra di diritto pubblico. Come pure i concetti di buona fede e correttezza vengono declinati in due modi diversi a seconda che siano riferibili a rapporti in cui è parte una pubblica amministrazione (il che non deve mai indurre in errore, come ha ammonito la Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004), da una parte, e a rapporti "civilistici", dall'altra.

La Plenaria afferma che "la giurisdizione amministrativa va ... affermata quando l'affidamento abbia ad oggetto la *stabilità del rapporto amministrativo*, costituito *sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico*, e *a fortiori* quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva".

Ciò perché, si aggiunge, "la "fiducia" su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un *comportamento privato o materiale* – a un "*mero comportamento*" – ma *al potere pubblico*, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo".

Quindi, nel "rapporto amministrativo" l'affidamento incolpevole del privato nei confronti della pubblica amministrazione ha natura di interesse legittimo: è questo quello che denominerei, ironicamente, affidamento di diritto pubblico.

Queste argomentazioni mi paiono scontare un equivoco, e sotto più di un profilo.

In primo luogo la nozione di "rapporto amministrativo" è ambigua. Secondo il Consiglio di Stato tale sintagma indicherebbe la relazione in cui l'amministrazione esercita potere nei confronti del privato; dal che dovrebbe derivare che in un rapporto al cui interno l'amministrazione non spende potere

– ad esempio nell’ambito dell’esecuzione di un contratto – non solo tale rapporto non sarebbe qualificabile come “amministrativo” ma la stessa nozione di affidamento muterebbe (potrebbe mutare) consistenza, con ricadute pratiche in punto non solo e non tanto di giurisdizione, ma di tecniche efficaci di tutela.

Mi pare che la tesi del Consiglio di Stato si ponga allora in contrasto con la dottrina secondo cui “le clausole generali, e tra esse quella relativa alla buona fede, pur inserita nel codice civile, applicandosi anche ai comportamenti dei soggetti pubblici, non possono essere considerate regole di diritto privato. Anche ove lo fossero [...], non sarebbe comunque concepibile che la disciplina giuridica concernente lo svolgimento dell’attività amministrativa fosse divisa in due corpi diversi, le regole di diritto pubblico e quelle di diritto privato, le prime attinenti agli atti (precettivi), le seconde ai comportamenti, ovvero, in modo ancor meno condivisibile, le prime all’attività di esercizio del potere, le seconde ai comportamenti (ritenuti) estranei all’esercizio del potere”; per questo si ritiene che “[...] la tutela dell’affidamento incolpevole del cittadino nei confronti del comportamento scorretto dell’amministrazione vada riconosciuta al giudice amministrativo; con il che si evita anche di violare patentemente il principio della concentrazione della tutela (di tutte le forme di tutela) presso un solo ordine di giudici” (7).

Semberebbe che, secondo questa opinione, ogni condotta scorretta, anche materiale, dell’amministrazione, vada ricondotta alle forme patologiche dello “statuto” dell’amministrazione pubblica, il che neppure l’adunanza plenaria afferma, e a mio avviso a ragione.

Secondo il Consiglio di Stato, dei comportamenti (ipoteticamente scorretti) “non riconducibili al pubblico potere” deve conoscere il giudice ordinario: a conferma della dualità del regime di tutela dell’affidamento del privato nell’ambito del rapporto pubblicistico.

7 F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, ne *Il processo*, pp. 1 ss.

Se viceversa si rifiuta tale dualismo, si deve ritenere che la tutela si atteggi allo stesso modo anche nelle relazioni pubblico – privato nel cui ambito il pubblico apparato non spende potere; ma allora il giudice amministrativo si occuperebbe della tutela risarcitoria per lesione di incolpevole affidamento *anche* laddove la condotta illecita non consegua ad esercizio, anche solo mediato, del potere.

Il che porrebbe seri dubbi circa la tenuta del sistema di riparto come consegnatoci dalla Corte costituzionale ⁽⁸⁾ e probabilmente darebbe luogo alla creazione pretoria di una “materia” riservata al giudice amministrativo solo perché la lesione dell'affidamento conseguirebbe ad una condotta del soggetto pubblico ispirata (in astratto) alla tutela del pubblico interesse: il che è proprio quanto la sentenza n. 204 del 2004 della Consulta ha escluso, allorché ha affermato l'illegittimità, per violazione dell'art. 103, di ogni interpretazione – ed ancor più di ogni disposizione – che voglia riservare alla giurisdizione esclusiva amministrativa questioni ove si controverta dell'interesse pubblico (con la giusta repulsa, in punto di giurisdizione, della figura del “giudice del pubblico interesse”).

Mi pare allora convincente la tesi delle sezioni unite secondo cui la situazione soggettiva tutelata nella specie non si fonda sul diritto all'integrità patrimoniale, ma al diritto a pretendere il ristoro del danno patito non in conseguenza di un esercizio illegittimo del pubblico potere, bensì di una condotta lesiva della fiducia privata nei confronti dell'amministrazione che si è rivelata mal riposta; della lesione di una “[...] aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede”.

È su questa fattispecie complessa che si incentra il discorso della Cassazione: l'aspettativa del privato a che la morfologia del rapporto si mantenga stabile – precipitato della stretta relazione tra affidamento e certezza dei e nei rapporti giuridici – non concerne il provvedimento in quanto tale, e quindi non si

8 Con le arcinote sentenze del 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191.

appunta sulla vicenda – l’annullamento in autotutela – che avrebbe leso la fiducia *nei* o *sul* provvedimento.

Viceversa, le sezioni unite prendono in considerazione l’intera fattispecie complessa, che vede la fiducia nella controparte pubblica nascere, stabilizzarsi e d’un colpo frantumarsi, e che quindi non ha nulla a che spartire con l’esercizio del potere.

Se è corretta la mia personale lettura della sentenza, non condivido l’idea che “[...] il comportamento che può generare l’affidamento non può che situarsi nel procedimento, ossia nella sede in cui viene svolto ed esercitato il potere dell’amministrazione; pertanto, non è condivisibile che tale comportamento non abbia alcun collegamento con l’esercizio del potere: esso attiene, invece, alle concrete modalità in cui il potere amministrativo viene esercitato”⁽⁹⁾.

Questa notazione, più che muovere critica alla tesi della Cassazione, descrittiva di un affidamento che è espressione di una fattispecie complessa – progrediente –, si incentra nella sola sede procedimentale, dove è pacifico che vi sia spendita di potere.

Tuttavia, a me pare che questa obiezione sia proprio quanto la Cassazione nega, affermando che l’affidamento incolpevole del privato può essere leso non da un procedimento che si conclude con un provvedimento autoritativo, di autotutela o di diniego, o che sconta un ritardo illecito nell’esercizio del potere, ma dalla fattispecie complessa (soddisfazione del bene della vita, consolidamento nel tempo della fiducia, perdita del bene della vita e frantumazione della fiducia) che produce la delusione di quella aspettativa, maturata e rafforzata in ragione del trascorrere del tempo.

Un altro equivoco consiste nel sostenere che, quando la Cassazione parla, con riferimento all’affidamento incolpevole, di “aspettativa”, intenda riferirsi ad una situazione giuridica soggettiva alternativa al diritto soggettivo ed all’interesse legittimo.

⁹ F.G. SCOCA, *Scossoni*, cit., p. 8.

Al contrario, la Corte di cassazione parla di “[...] un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede”: parla cioè di un *diritto soggettivo* alla pretesa di un comportamento che, come ebbe a rilevare Merusi nel suo noto e particolarmente attuale studio, non deve *venire contra factum proprium* ⁽¹⁰⁾.

Si tratta del principio di non contraddizione alla base della condotta secondo buona fede dell'amministrazione, cui nulla tolgono o aggiungono né l'art. 1, comma 2 *bis*, della l. n. 241 del 1990, né le deliziose questioni sul riparto tra le giurisdizioni o sulla distinzione tra diritto ed interesse.

Si è appena parlato di “diritto” poiché il privato è, a mio sommo avviso, titolare di una pretesa alla condotta coerente e non contraddittoria dell'altra parte del rapporto, a prescindere dalla natura, pubblica o privata, di quell'altra parte, e dalla circostanza che il rapporto si iscriva in un fatto di amministrazione o viceversa di regolazione dell'assetto di interessi privati.

3. Contraddizioni e complicazioni della giurisprudenza

Come si vede, la questione del riparto tra le giurisdizioni non ha nulla a che vedere con la natura giuridica dell'affidamento del privato nei confronti dell'amministrazione pubblica.

Nel caso definito dalla Plenaria con la sentenza n. 20 del 2021, la parte privata lamentava di avere ottenuto permessi di costruire annullati non in quanto invalidi di per sé, ma perché rilasciati in conformità ad una variante urbanistica annullata in sede giurisdizionale (la primitiva impugnativa muoveva dal ricorso della vicina contro il dante causa della acquirente del terreno concessionato: quest'ultima lamentava la lesione dell'affidamento incolpevole per avere confidato nella legittimità dei titoli ad essa volturati e originariamente conformi alla illegittima variante).

10 F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, e la ristampa aggiornata con le più recenti conclusioni: *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001.

In questo caso, sulla giurisdizione non v'è dubbio alcuno poiché la lesione dell'affidamento è conseguenza diretta dell'azione di un terzo che abbia stimolato l'intervento del giudice dell'annullamento (e a presidio della tutela del legittimo affidamento il controinteressato dispone della azione riconvenzionale); la responsabilità dell'apparato pubblico per violazione del legittimo affidamento, in questo caso, sembra rimanga sullo sfondo in quanto invocato per supplire ad un *deficit* di legittimità non necessariamente addebitabile ad un'amministrazione convinta di avere adottato ed approvato una variante urbanistica legittima, e quindi di avere rilasciato, in ossequio ad essa, permessi edilizi egualmente legittimi.

In altre parole, qui la lesione deriva dalla sentenza, non da un provvedimento dell'amministrazione.

Quello che non mi convince è il seguito del ragionamento della Plenaria. Essa afferma che, "a fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono [...] sorgere *aspettative*, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, *la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità*. In altri termini, la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare *una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico*, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta "qualificata" dall'inerenza al pubblico potere".

Ora, l'aspettativa qualificata – non l'aspettativa mera – è una situazione soggettiva riconducibile al diritto soggettivo, e ciò a prescindere che essa sia lesa da un atto invalido o da un fatto illecito.

L'interesse legittimo, invece, dovrebbe essere una situazione soggettiva diversa, quella che appunto si relaziona con il potere, ma che non condivide la sostanza ed il contenuto dell'aspettativa.

La Plenaria sembra invece sovrapporre queste due figure soggettive, mostrando così un evidente *deficit* di coerenza con la premessa secondo cui l'affidamento incolpevole meritevole di tutela non è una situazione soggettiva a se stante e, soprattutto, non è riconducibile ai soli rapporti di diritto privato. Rilevare questa incoerenza non è trito esercizio retorico poiché la coerenza del ragionamento del Consiglio di Stato condiziona il riparto di giurisdizione.

La conferma arriva subito dopo: "Si tratta, quindi, di aspettative correlate ad interessi legittimi [...] concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. sopra citato, la cui lesione rimane devoluta al giudice amministrativo": ma devoluta alla giurisdizione amministrativa è la tutela risarcitoria della lesione di interessi legittimi, non anche di aspettative ad essi correlate (correlazione dai contorni a dir poco incerti).

Non può correttamente sostenersi allora che l'affidamento "... si proietta", come al cinema, "sulla positiva conclusione del procedimento, e dunque sull'attuazione dell'interesse legittimo di cui il medesimo privato è portatore, ma che diventa in sé tutelabile in via risarcitoria se l'amministrazione con il proprio comportamento abbia suscitato una ragionevole aspettativa sulla conclusione positiva del procedimento": il registro cambia di nuovo, e quindi cambia la qualità del suono.

Insomma, è la lesione dell'interesse legittimo ad essere tutelata, non l'aspettativa al buon esito del procedimento che, peraltro, deve essere dimostrata in giudizio ed appartiene, quindi, al merito della controversia.

In verità, a mio avviso non è il potere o il suo esercizio a creare l'aspettativa, bensì il trascorrere del tempo, che dà corpo e rafforza esponenzialmente la fiducia nella stabilità di una situazione fattuale e giuridica di vantaggio: quali che siano le parti del rapporto e quali che siano le norme regolatrici delle fattispecie.

In altri termini, il rapporto procedimentale non ha nulla a che fare con l'affidamento: ha a che fare con il dovere di buona fede, la cui lesione certamente apre la via alla tutela innanzi al giudice amministrativo, tutela di annullamento e, eventualmente risarcitoria, per violazione di un principio costituzionale oggi codificato anche nella legge generale del 1990: ma sarà il danno ad avere natura e consistenza diverse da quello provocato per lesione dell'aspettativa.

Chi si vede negare illegittimamente un permesso di costruire subisce un danno patrimoniale e non, che può assumere contenuti diversi e variegati rispetto alla lesione dell'affidamento sulla legittimità di un titolo edilizio già ottenuto.

Nel primo caso verrà in giuoco il danno da perdita di *chance*, quello per lucro cessante ove l'immobile costruendo fosse stato destinato ad attività d'impresa o di commercio, certamente quello per danno emergente, quello, eventuale, e se provato, c.d. esistenziale, e/o quello reputazionale, e così via dicendo.

Se allora l'aspettativa incolpevole va qualificata in via autonoma, non potendo assumere connotazioni relazionali (con altre situazioni soggettive) nel diritto pubblico, e consistenza autonoma nel diritto privato, a mio avviso è più convincente la tesi delle sezioni unite, che hanno ricondotto la tutela della lesione dell'affidamento alla responsabilità contrattuale qualificando l'affidamento come una situazione soggettiva a sé stante, che non necessariamente trova cittadinanza nel solo diritto privato, ma che nondimeno presenta una propria specifica identità: “una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l’interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia [...] nella fiducia, nella lesione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta” e cioè “un’aspettativa di coerenza e di non contraddittorietà del comportamento dell’amministrazione fondata sulla buona fede”.

Sempre sul piano della ricostruzione teorica dell'ipotesi di responsabilità, le sezioni unite si discostano dall'impostazione che pure era stata condivisa da alcuni dei precedenti, che si erano collocati nel solco delle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, e che avevano invece ravvisato l'*in se* della situazione giuridica soggettiva del privato, lesa dalla delusione delle aspettative determinate dal comportamento della pubblica amministrazione, in un pregiudizio della integrità patrimoniale, di cui parleranno esplicitamente anche sentenze successive ⁽¹¹⁾.

Sul punto, la pronuncia mostra di condividere le critiche a questa pretesa situazione giuridica soggettiva, sottolineando che "il patrimonio di un soggetto [...] è l'insieme di tutte le situazioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo", con il corollario che "la conservazione dell'integrità del patrimonio [...] altro non è che la conservazione di ciascuno dei diritti, e delle altre situazioni giuridiche soggettive attive, che lo compongono" e che "la nozione di 'diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio' risulta [...] 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".

Non condivisibile, invece, è l'enfatico richiamo al progressivo orientamento del nostro ordinamento verso un modello di "diritto amministrativo paritario", [...] coerente con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione fissati dall'art. 97 Cost., secondo "un'idea ... che postula

11 Vedile citate al par. 19.1 dell'ordinanza n. 8236 del 2020 delle sezioni unite, ove si legge: "[...] i principi espressi nelle tre ordinanze del 2011 risultano ripresi e confermati nelle pronunce nn. 17586/2015, 12799/2017, 15640/2017, 19171/2017, 1654/2018, 4996/2018, 22435/2018, 32365/2018, 4889/2019, 6885/2019 e 12635/2019, nelle quali ricorre l'affermazione che la controversia relativa ai danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, legittimamente annullato, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché ha ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo pretensivo, bensì di un diritto soggettivo; diritto generalmente qualificato come "diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio", lesa dalle scelte compiute confidando nella legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato (su tale qualificazione si vedano, tra le altre, le sentenze nn. 12799/2017, 1654/2018 e 6885/2019)".

un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, consapevole dell'impatto che l'azione amministrativa produce sempre sulla sfera dei cittadini e delle imprese ed orientato al confronto leale e rispettoso della libertà di determinazione negoziale dei privati".

La paritarietà benvenutiana ⁽¹²⁾, è noto, non ha nulla a che fare con ammiccamenti ormai datati circa una presunta "privatizzazione" del rapporto amministrativo, guardando viceversa in modo particolarmente lungimirante alla affermazione di diritti e prerogative che ribaltano la posizione di passiva subalternità del privato verso l'autorità che, in divenire, si fa funzione nel procedimento, senza nulla sottrarre al sostrato liberale e garantista di una sana funzione autoritativa, nei cui confronti il cittadino può difendersi in un processo che dev'essere altrettanto paritario.

4. L'affidamento che non c'è. Ulteriori contraddizioni dell'Adunanza plenaria

Questa eredità è stata ben raccolta dalla Plenaria, secondo cui "la recente positivizzazione dei doveri di correttezza e buona fede non hanno fatto venir meno il carattere unilaterale del provvedimento amministrativo e soprattutto, anche con riferimento ai moduli consensuali, la sua inerenza all'esercizio di un potere correlato alle finalità istituzionali, tipizzate per legge, di cui l'amministrazione è titolare e responsabile", salvo poi prendere un clamoroso abbaglio allorché prospetta la non incolpevolezza dell'affidamento tutte le volte che il provvedimento ampliativo sia stato impugnato dal terzo: ossia da un soggetto che è estraneo al rapporto e che in via del tutto unilaterale ed utilitaristica – giustamente – presenta al giudice le proprie ragioni, che a nessun titolo possono però tradursi in un allarme idoneo di per sé ad interrompere il rapporto di fiducia basato, evidentemente, su altre ragioni, legittimamente non condivise dal ricorrente.

12 F. BENVENUTI, Per i diritti dei cittadini. *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 807 ss.

Riemerge una vistosa contraddizione, che interrompe il virtuoso circuito fiduciario tra funzione istituzionale e sfera privata d'interessi.

Come la giurisprudenza amministrativa ci ha abituati, a fronte di una conclamata illegittimità dell'atto lesivo è l'elemento soggettivo ad ergersi a barriera dell'accertamento della responsabilità.

Così è per il concorso colposo del privato creditore (esasperato ben oltre i limiti codicistici – secondo una quasi secolare giurisprudenza della Cassazione – dalla Plenaria n. 3 del 2011 ed assunto senza mezze misure ad elemento escludente la colpa grave dell'apparato) che non impugni l'atto, ancorché all'azione risarcitoria non è per legge pregiudiziale l'azione di annullamento: e così è per la inspiegabile affermazione che “[...] l'avvenuta impugnazione del provvedimento è comunque un parametro oggettivo (che rende prevedibile l'annullamento e dunque impedisce il formarsi di una vera e propria “delusione” o “sorpresa” del privato beneficiario”.

Assistiamo qui ad una nuova occasione di mescolanza del rapporto sostanziale bilaterale con quello processuale, trilaterale. La dottrina aveva ironicamente elaborato in passato la teoria del “triangolo scaleno”⁽¹³⁾ per rappresentare la disegualianza formale e sostanziale delle parti nel processo amministrativo, a causa della ancor oggi perdurante difficoltà del giudice ad accettare, salvo eccezioni non particolarmente frequenti, un'amministrazione che entri in giudizio quale parte, e non quale “portatrice” di un interesse pubblico che nel processo non ha cittadinanza. Il ricorso giurisdizionale viene considerato come “parametro oggettivo” di qualificazione dell'affidamento, la cui posizione di retroguardia rispetto alla esaltazione inespressa di una colpa dell'amministrazione *de minimis* è sin troppo evidente.

Qui assistiamo addirittura al paradosso che la colpa dell'amministrazione si stemperi sino ad estinguersi nel momento in cui il ricorso del terzo è notifi-

13 F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, pp. 315 ss. ed in *Scritti giuridici*, 2002, pp. 382 ss., spec. 383-387.

cato: “la situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l’annullamento dell’atto per effetto dell’accoglimento del ricorso diviene un’*evenienza non imprevedibile*, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avvertita allorché *deve resistere* all’altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile prima della notifica dell’atto introduttivo del giudizio”.

L’esercizio di un diritto (di azione), quindi, sgretola un altro diritto (alla fiducia in una condotta corretta), senza che alcuno sappia se tale riprovevole vicenda, in un futuro prossimo o remoto, sarà consacrata in una sentenza.

Un evento futuro ed incerto, provocato da chi non è parte del rapporto sostanziale, introdurrebbe così una presunzione di sopravvenuta mala fede da parte di chi, tratto in giudizio quale parte necessaria di una lite che vede “imputata” non la di lui condotta, ma quella dell’amministrazione, continui a confidare nella correttezza della condotta di quest’ultima.

La “evenienza non imprevedibile” – la doppia negazione non stempera l’iperbolica affermazione –, è in realtà una mera possibilità. Una possibilità che non impone affatto di “dover resistere all’altrui ricorso”: in primo luogo perché il titolare del provvedimento sotto attacco non è tenuto a difendersi in giudizio, magari anche solo perché non dispone delle necessarie risorse finanziarie; in secondo luogo perché l’eventualità dell’annullamento non scalfisce necessariamente la fiducia nei confronti di un’amministrazione che, sino alla notifica del ricorso, non ha dato segni di condotta irrazionale o contraddittoria, ed a maggior ragione non ne dà dopo, a meno che non decida di autoannullare essa l’atto impugnato (il che concluderebbe la palese mala fede di essa amministrazione, prima ed a prescindere dall’esito del ricorso giurisdizionale del controinteressato sostanziale).

L’ultima *aberratio* è rappresentata dalla incredibile osservazione della Plenaria che “il grado della colpa dell’amministrazione – e dunque la misura in cui l’operato di questa è rimproverabile – va correlato al profilo della *riconoscibilità*

dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento. Al riguardo va ricordato che nel giudizio di annullamento la colpa dell'amministrazione è elemento costitutivo della responsabilità dell'amministrazione nei confronti del ricorrente che agisce contro il provvedimento a sé sfavorevole, sebbene essa sia presuntivamente correlata all'illegittimità del provvedimento, per cui spetta all'amministrazione dare la prova contraria dell'errore scusabile. Trattasi pertanto di una colpa valutata in senso oggettivo, pur sempre nell'ambito di una fattispecie di responsabilità a base colposa. Sulla base di questa presunzione, per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la manifesta illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, che consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole è un elemento che incide, per escluderla o attenuarla, la colpa dell'amministrazione".

Si registra un'importante novità: l'adunanza plenaria rispolvera la teoria della *culpa in re ipsa*, ravvisandola nell'accertamento della illegittimità dell'atto a guisa di presunzione semplice. Se ne dovrebbe trarre allora che è superata la giurisprudenza secondo cui il riscontrato illegittimo esercizio della funzione amministrativa non integra di per sé la colpa dell'Amministrazione, dovendo anche accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede – alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio dell'attività amministrativa – e si sia verificata in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione (c.d. colpa d'apparato): se ne prende atto, posto che la prova dell'elemento soggettivo secondo il modello germogliato nella sentenza delle sezioni unite n. 500 del 1999, e sin qui invalso, è ai limiti del diabolico.

Il problema evidentemente è l'accertamento, in sede di giudizio di responsabilità per violazione dell'affidamento incolpevole, circa questa nuova fi-

gura di illegittimità, “manifesta”, del provvedimento favorevole (ma manifesta a chi?), sul quale quindi il privato avrebbe, secondo la Plenaria, riposto fiducia in mala fede.

L'illegittimità dovrebbe essere vistosa, particolarmente evidente: quand'è che si presenta un'ipotesi del genere? E quale grado di percepibilità della luminosa epifania è richiesto? Rilevano o no le diversità in termini di istruzione, preparazione tecnica, padronanza delle regole giuridiche, alla cui stregua per qualcuno il provvedimento si appalesa manifestamente illegittimo e per qualcun altro, invece, no?

La soluzione della Plenaria, non diversamente dalla tradizione, dà, ma subito dopo toglie; esalta il principio e la regola scritta del dovere di collaborazione e buona fede, ma fissa nero su bianco nuove franchigie per la responsabilità dell'amministrazione fondate su premesse giuridiche a dir poco non convincenti.

Personalmente, mi basta quanto sin qui evidenziato per preferire la soluzione della Cassazione, che esclude ogni onere di impugnazione; che pone l'affidamento del cittadino al di sopra ed all'esterno del circuito di esercizio del potere, ricco di insidie e trabocchetti; che, aderendo alla teoria della responsabilità da contatto qualificato, configura la responsabilità dell'amministrazione come contrattuale, accollando ad essa l'onere di dimostrare di non avere leso colpevolmente la fiducia dalla sua stessa condotta generata nell'incolpevole soggetto privato, e di farlo entro il termine di prescrizione decennale del diritto di azione di cui lo sfiduciato privato è titolare.

5. L'affidamento della pubblica amministrazione. La centralità della persona del funzionario e la rilevanza giuridica delle emozioni

Sin qui abbiamo trattato dell'affidamento del privato. Non bisogna dimenticare quello dell'amministrazione.

Il riferimento non è solo alle ripercussioni, in termini di efficienza, provenienti da rappresentazioni del privato volontariamente o colpevolmente ine-

satte della realtà di fatto e di diritto: dal requisito di partecipazione alla procedura evidenziale, al contenuto della s.c.i.a., ai presupposti per la sovvenzione che non configuri aiuto di Stato, alla natura effettiva dell'attività svolta nell'esercizio di vicinato; e così via dicendo.

In tutti questi casi, il “tradimento” dell'affidamento del pubblico apparato nella collaborazione e nella buona fede della controparte non è in discussione.

Mi riferisco piuttosto ad un tema che, ove indagato può condurre alla revisione di alcuni modelli teorici tralattati e non necessariamente ancora attuali né concettualmente soddisfacenti.

L'affidamento delle parti fa da contraltare al dovere di buona fede nella instaurazione e conduzione del rapporto.

Ora, la buona fede è uno stato emotivo.

È allora corretto parlare di buona fede dell'amministrazione mantenendo il profilo dello stato psichico del funzionario agente relegato nell'irrilevante, nella misura in cui la violazione dei doveri di correttezza e di salvaguardia dell'elemento fiduciario sono imputati all'amministrazione in senso soggettivo?

O meglio; è corretto, ed utile, riferirsi alla sfera psichica del funzionario esclusivamente in termini di volontà, senza considerare, o addirittura scientemente neglignendo ogni stato emotivo che, pur condizionando inevitabilmente la manifestazione di volontà, rimane irrilevante nel fenomeno della produzione ed in quello della c.d. imputazione?

Io penso di no.

Non è stato questo lo spirito del Costituente all'atto di coniare il bellissimo art. 28. E quella "estensione" della responsabilità civile del funzionario anche all'amministrazione non deve essere necessariamente spiegata usando della sbiadita figura della immedesimazione organica.

Da molti decenni si esclude che il fenomeno dell'imputazione di atti alla figura soggettiva costituisca un precipitato della c.d. immedesimazione della

persona fisica titolare dell'organo nell'ente, non foss'altro perché “la relazione organo-atto si svolge sul metro della legittimazione dell'organo all'atto” (14.)

L'immedesimazione organica è oggetto di una narrazione che non ha senso nel quadro del diritto amministrativo moderno, fedele ai fondamentali principi costituzionali in punto di organizzazione ed azione della pubblica amministrazione: il principio di legalità e quello di responsabilità. Entrambi pongono al centro del modello organizzativo la persona del funzionario, ossia la persona fisica.

Il principio di legalità è il fondamento della competenza amministrativa, che a sua volta è il corredo di doveri, oneri e facoltà che gravano sul (e di cui dispone il) funzionario.

Il principio di responsabilità diretta del funzionario pone a fianco della responsabilità della figura soggettiva pubblica quale destinataria dell'imputazione dell'atto o del fatto illecito l'autore o gli autori materiali di questo fatto; questa giustapposizione spiega anche i diversi modelli di responsabilità (civile, amministrativa, dirigenziale, disciplinare) riferibili ora alla figura soggettiva, ora al funzionario, ora ad entrambi.

Sin qui nulla di nuovo: l'atto giuridico come atto di volontà o di scienza è imputato alla persona giuridica non perché la persona fisica sia immedesimata nella prima, ma perché ciò prescrive la legge; l'imputazione è, come tale, un riflesso della sovranità, la cui essenza ed il cui modo di esercitarsi trova a sua volta riscontro nella nostra forma di Stato.

Tutto ciò ricordato, si vede bene che la teoria simoniana del comportamento amministrativo non potrebbe descrivere – soprattutto oggi che si discute di sostituzione della macchina all'uomo nell'assunzione delle decisioni – il fenomeno dell'organizzazione dell'azione prescindendo dalla analisi della rilevanza – se c'è – degli stati emotivi del funzionario o, se si preferisce, del titolare

14 G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 352.

dell'organo: insomma, della persona fisica responsabile e tramite dell'imputazione di uno stato psichico quale la volontà di agire.

Vi è sufficiente concordia nel definire le emozioni come stati affettivi intensi, accompagnati da modificazioni fisiologiche e cambiamenti comportamentali osservabili, alla cui attuazione sono dedicati circuiti neurali specifici. È evidente che gli stati emotivi condizionano le decisioni e gli atti successivi.

Altrettanto incontroverso è che gli stati emotivi agiscono sia da causa del comportamento diretto a uno scopo, sia da processi concomitanti ad esso: le emozioni costituiscono la principale componente motivazionale delle operazioni mentali e del comportamento manifesto ⁽¹⁵⁾.

La fiducia è un'emozione: la fiducia è un modello neurale che combina rappresentazioni della situazione di cui tratta l'emozione, valutazioni della rilevanza della situazione rispetto agli obiettivi, percezioni di cambiamenti fisiologici e rappresentazioni della persona che prova l'emozione.

Se l'amministrazione pubblica deve poter fare affidamento, e quindi avere fiducia, nei confronti di un'altra amministrazione pubblica, o di un privato, nell'ambito di una relazione presieduta dal principio di buona fede, essa non può prescindere dalla sistemazione di questo stato emotivo, a sua volta indissolubile dalla natura umana in quanto dotata di circuiti neurali.

Ne consegue che non può immaginarsi l'affidamento della pubblica amministrazione, e quindi, ad esempio, il confidare nella collaborazione del privato, o di altra amministrazione pubblica nei procedimenti pluristrutturati, senza tenere conto, in questa relazione giuridica, dello stato emotivo – soppesandone

15 Le neuroscienze conoscono un'applicazione sconfinata nel diritto penale. Ma non solo. Il primo studioso – e, che mi consti, l'unico per il momento, facendo ammenda per ignoranze e dimenticanze – del diritto amministrativo ad avere svolto un'indagine neuroscientifica sul mondo del diritto è Eugenio Picozza, di cui si veda *Neuroscienze, scienze della natura e scienze sociali e Problemi di carattere applicativo*, entrambi in E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA e D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, rispettivamente pp. 1 ss. e 87 ss. V. anche R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

l'apporto causale – che, quando si parla della persona fisica – e quindi, quasi sempre, del privato –, si dà invece per scontato.

Il problema è che gli stati emotivi non sono imputabili alla figura soggettiva: sia perché non si traducono in atti, e quindi sfuggono al risultato del fenomeno della produzione, sia perché non sono riconducibili all'esercizio di competenze, se non, appunto, indagando nella sfera psichica del funzionario-organo.⁷

Ritengo quindi – ma è solo una proposta, augurandomi di approfondire questo approccio con future riflessioni – che di affidamento della pubblica amministrazione quale manifestazione soggettiva della buona fede e della fiducia della stessa in fatti, situazioni, persone, rapporti, e quindi come elemento cognitivo alla base di processi decisionali da adottarsi nel perseguimento di scopi pubblici tipizzati, non possa neppure parlarsi senza rivedere profondamente la teoria della immedesimazione organica.

Se il fenomeno dell'imputazione può essere spiegato altrimenti, l'obiettivo di questo approccio consentirebbe di liberarsi della teoria posticcia secondo cui, nell'esercizio della funzione, la sfera psichica dell'agente sarebbe irrilevante; perseverare diabolicamente nella spersonalizzazione dell'apparato (ignorando i processi non solo volitivi ma, prima e necessariamente, quelli emozionali) può risultare assai nocivo per sorreggere le tesi di quanti guardano ad un'amministrazione effettivamente paritaria.

Il funzionario è a sua volta un amministrato; la fisiologia del rapporto che si instaura attraverso la funzione amministrativa non può non risentire della storia degli stati emotivi che è custodita nella sua psiche.

Questa insolita chiave di lettura persegue lo scopo di condurre nel recinto della buona amministrazione gli stati emozionali dei funzionari: dalla c.d. paura della firma che, come ogni forma di paura (anch'essa stato emotivo dei più studiati in neuroscienze), annichilisce, deprime ed allontana dal fuoco della concentrazione professionale; all'empatia che, in corso di procedimento, può

(non necessariamente deve) stabilirsi tra il privato ed il Burocrate, responsabilizzando quest'ultimo in ogni manifestazione dell'esercizio del proprio ufficio, dando spazio ad una visione compassionevole (l'aggettivo è scevro da qualsivoglia contaminazione ecumenica) dell'esercizio dell'autorità.

Attraverso la valorizzazione dell'emozione umana, declinata nelle forme dell'*uso controllato* dell'ira, della violenza, della frustrazione, ossia di sentimenti che permeano l'in sé di ciascun essere umano, è possibile abbandonare schemi teorici superati ed improponibili anche al più sprovveduto degli studenti, ed approfondire molti nuovi temi.

Ne menziono solo alcuni: il ruolo decisivo che nel procedimento assume la persona del funzionario incaricato della acquisizione delle prove nel seno dell'attività conoscitiva (¹⁶) quale elemento deterministico del buon risultato dell'istruttoria procedimentale.

La risposta, allo stato negativa, al quesito se una determinazione discrezionale possa essere assunta da una macchina si spiega constatando che la volizione razionale è sempre un passo più avanti del *machine learning*, non perché non sia possibile razionalizzare un modello decisionale, anzi, ma perché l'esercizio dell'umana ragione non può affrancarsi dalla sistemazione dei sentimenti e delle emozioni.

Sentimenti ed emozioni che fanno capolino per ogni dove nella fisiologia e nella patologia dell'atto: l'avvertita esigenza di istituire una zona a traffico limitato non è riconducibile ad un ufficio impersonale, bensì ad esseri umani; è, o almeno dovrebbe essere, in primo luogo un gesto spinto dal sentimento di cura del benessere nei confronti di esseri senzienti (non solo altri esseri umani). E da questo gesto, che non si esita a definire d'amore, nasce e si rafforza il *sentimento di fiducia* finalmente reciproco che abbiamo visto essere essenziale alla qualificazione dell'affidamento incolpevole.

16 F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 361, ove la considerazione che la persona fisica "autrice del provvedimento" deve avere – la persona, si badi, non l'ufficio – "una conoscenza effettiva della situazione di fatto".

Lo sviamento di potere – nelle sue rare e quasi esclusivamente manualistiche formule descrittive – è manifestazione oggettiva di cattivo uso della discrezionalità ed esibizione *soggettiva* di mala fede, a sua volta generata da stati emotivi dalla cui indagine non è dato prescindere (la frustrazione che genera desiderio di usare del potere in modo *detourné*) e quindi ostacolo, di nuovo, alla instaurazione di una relazione di fiducia.

La partecipazione procedimentale può a sua volta assicurare un fruttuoso circuito fiduciario solo se si tiene a mente che le memorie ex art. 10 della l. n. 241 del 1990 non sono solo fatti rappresentativi di interessi, ma prodotti di emozioni, rimpianti, illusioni, aspirazioni, e sì, anche di aspettative: stati emozionali che appartengono allo stesso modo alla storia del o dei funzionari dai cui comportamenti si genera il fenomeno dell'imputazione.

Forse è tempo di smettere di studiare la forma dell'acqua e riavvicinare la burocrazia weberiana alla propria origine: l'umanità, omnicomprensivamente intesa.

Non sono certo che questo approccio possa contribuire alla ricerca sul riparto tra le giurisdizioni in tema di tutela dell'affidamento incolpevole; confesso che il dubbio non renderà le mie notti insonni.

Ma sono certo che la fiducia va generata, guadagnata, costruita con l'apporto della dirigenza come del personale una volta qualificato “di concetto”, quest'ultimo spesso assai più versato della prima nell'intricato territorio del *problem solving*.

Un rapporto di leale collaborazione tra persone, prima che tra uffici, favorisce la buona amministrazione; stimola la Burocrazia ad indirizzare e gestire la cosa pubblica in modo *realmente* trasparente, ossia *visibile*: e quando l'orizzonte è chiaro è più facile coltivare la fiducia.

Per tutto questo occorrono pochi concetti e tanta umanità.