

LEZIONE DEL 17 MAGGIO 2022

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2021-2022

GIAPPICHELLI EDITORE

**Responsabile scientifico
Vincenzo Lopilato**

**LEZIONE DEL 17 MAGGIO 2022
di Vincenzo Lopilato**

Diritto amministrativo

AREA TEMATICA

RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

Argomento 1

CONCETTO GIURIDICO GENERALE

Responsabilità della pubblica amministrazione: inquadramento generale. La natura della responsabilità da provvedimento o omissione illegittima.

A. Schema per punti

1. Premessa. Le responsabilità. 2. Danno ingiusto. 3. Struttura funzione e natura della responsabilità della pubblica amministrazione.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo del concetto giuridico generale.

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 17, parr. 3-6, pagg. 1253-1264.

B. Giurisprudenza

1. La natura della responsabilità da provvedimento o omissione illegittima: **Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7.**

Omissis.

FATTO

1. Con la sentenza non definitiva indicata in epigrafe il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ha deferito a questa Adunanza plenaria alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per la ritardata conclusione del procedimento amministrativo, sulle quali ha ravvisato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., orientamenti contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

2. Le questioni deferite sono sorte in un contenzioso (articolato in quattro ricorsi) promosso dalla Iris Impianti Energia Rinnovabile Siracusa s.r.l. per la condanna della Regione siciliana al risarcimento dei danni subiti a causa del ritardo con cui l'amministrazione regionale ha autorizzato, con decreti di data 18 febbraio 2013, la realizzazione e gestione di tre impianti fotovoltaici nel Comune di Siracusa, sui quattro domandati dalla medesima ricorrente, ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), con istanze presentate all'amministrazione tra il giugno del 2009 e il luglio del 2010.

3. Il risarcimento è chiesto in ragione del fatto che a causa del ritardo nel rilascio delle autorizzazioni – per le quali la ricorrente aveva dapprima agito ex art. 117 cod. proc. amm. contro il silenzio serbato dall'amministrazione e quindi in ottemperanza – l'investimento a suo dire sarebbe divenuto antieconomico. Ciò per effetto del divieto di accesso al regime tariffario incentivante ai sensi dell'(ora abrogato) art. 7 d.lgs. n. 387 del 2003 connesso alla produzione di energia da fonti rinnovabili (solare), introdotto, per gli impianti fotovoltaici realizzati con moduli collocati a terra su fondi agricoli, dall'art. 65 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 2 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

4. Con una prima questione deferita il Consiglio di giustizia amministrativa chiede di stabilire se la sopravvenienza normativa da ultimo menzionata interrompa il nesso causale tra l'inerzia dell'amministrazione nel definire i procedimenti autorizzativi originati dalle istanze della società ricorrente e il danno da quest'ultima lamentato a titolo di lucro cessante (o alternativamente quale chance di guadagno), consistente nel venir meno dei margini economici realizzabili con il regime incentivante. Le ulteriori questioni deferite riguardano la misura del danno risarcibile in conseguenza del ritardo, le quali vengono dal giudice rimettente poste in dipendenza con quella relativa alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione, se cioè essa abbia natura contrattuale o da fatto illecito.

DIRITTO

1. Le questioni ex art. 99 cod. proc. amm. su cui l'Adunanza plenaria è chiamata a pronunciarsi concernono la responsabilità dell'amministrazione pubblica per il ritardo nella conclusione del procedimento originato da un'istanza autorizzativa. Con riguardo ad esse il giudice rimettente ha già ritenuto – con efficacia di giudicato interno – che sussistano «numerosi elementi della fattispecie», di seguito riportati:

- a) la condotta dell'Amministrazione posta in essere in violazione della regola di conclusione del procedimento amministrativo nella tempistica prescritta;
- b) la fondatezza della pretesa concernente il bene della vita (come testimoniato dalla adozione, seppur in ritardo, dei provvedimenti autorizzatori);
- c) la sopravvenienza normativa ostativa all'ottenimento degli incentivi, che Iris avrebbe ottenuto se l'Amministrazione avesse provveduto per tempo;
- d) la colpa dell'Amministrazione (nessuna esimente è stata da quest'ultima prospettata per giustificare il proprio non modesto ritardo nel provvedere).

2. Il Consiglio di giustizia amministrativa ravvisa invece «ragioni di incertezza in relazione all'applicazione del requisito del nesso di causalità e alla misura e ampiezza del danno da risarcire, che dipendono dalla qualificazione della responsabilità dell'Amministrazione, e dalla conseguente applicabilità del canone della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c., e dalla nozione di danno quale conseguenza immediata e diretta della condotta». Con specifico riguardo alla qualificazione della responsabilità della pubblica amministrazione, per il giudice rimettente sarebbero maturi i tempi per una «revisione critica del regime consolidato di scrutinio della responsabilità dell'Amministrazione in una duplice direzione, assimilazione della responsabilità dell'Amministrazione alla responsabilità contrattuale e apprezzamento del ruolo del rapporto di diritto pubblico sotteso alla nascita dell'obbligazione risarcitoria».

3. In ordine a tale ultima questione, che va esaminata prioritariamente in ordine logico, l'Adunanza plenaria ritiene che la responsabilità in cui incorre l'amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche sia inquadrabile nella responsabilità da fatto illecito, sia pure con gli inevitabili adattamenti richiesti dalla sua collocazione ordinamentale nei rapporti intersoggettivi, quale risultante dall'evoluzione storico-istituzionale e di diritto positivo che la ha caratterizzata.

4. La responsabilità da inadempimento si fonda, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., sul non esatto adempimento della «prestazione» cui il debitore è obbligato in base al contratto.

Un vincolo obbligatorio di analoga portata non può essere configurato per la pubblica amministrazione che agisca nell'esercizio delle sue funzioni amministrative e quindi nel perseguimento dell'interesse pubblico definito dalla norma attributiva, che fonda la causa giuridica del potere autoritativo. Sebbene a quest'ultimo si contrapponga l'interesse legittimo del privato, la relazione giuridica che si instaura tra il privato e l'amministrazione è caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, l'interesse legittimo del privato e il potere dell'amministrazione nell'esercizio della sua funzione. In questo caso quindi è configurabile non già un obbligo giuridico in capo all'amministrazione – rapportabile a quello che caratterizza le relazioni giuridiche regolate dal diritto privato – bensì un potere attribuito dalla legge, che va esercitato in conformità alla stessa e ai canoni di corretto uso del potere individuati dalla giurisprudenza. Né la fattispecie in esame può

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

essere ricondotta alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di “contatto sociale”, in quanto, a tacer d’altro, oltre a quanto osservato sulla natura del “rapporto amministrativo”, la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di “supremazia”, cioè da un’asimmetria che mal si concilia con le teorie sul “contatto sociale” che si fondano sulla relazione paritaria.

5. Nel descritto paradigma dei rapporti giuridici interessati dal pubblico potere, lo strumento di tutela elettivo e di carattere generale per l’interesse legittimo è quello dell’azione costitutiva di annullamento dell’atto amministrativo, risalente alla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (legge 31 marzo 1889, n. 5992) e del sistema nazionale di giustizia amministrativa, in coerenza con il carattere spiccatamente rimediabile della tutela offerta dal Consiglio di Stato e in continuità, oltre che –sotto tale profilo- con il sistema del contenzioso amministrativo, soprattutto con la giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato formatasi in sede di pareri sui ricorsi straordinari al re.

Nondimeno, nel corso del tempo, la giurisprudenza ha disancorato l’interesse legittimo dalla sua originaria concezione di interesse occasionalmente protetto e, anche in considerazione del quadro normativo, ne ha rilevato la dimensione “sostanzialista”, quale interesse correlato ad un “bene della vita” coinvolto nell’esercizio della funzione pubblica, e comunque a una situazione soggettiva sostanziale facente parte della sfera giuridica di cui il soggetto è titolare.

In relazione alla sua sfera giuridica, al privato sono innanzitutto riconosciuti strumenti di tutela procedimentale finalizzati ad orientare la discrezionalità dell’amministrazione (secondo la disciplina di carattere generale oggi contenuta nella legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241). Sono poi riconosciute forme variegate di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive originate dall’esercizio del potere amministrativo, modellate sul “bisogno di tutela” -al fine di rendere effettiva la protezione, nei confronti del potere pubblico, della cognizione sui diritti e gli interessi devoluta alla giurisdizione amministrativa (art. 1, cod. proc. amm.)- e coerenti con una evoluzione dei rapporti tra privato e amministrazione in cui accanto alla funzione amministrativa di stampo tradizionale si affermano i servizi al pubblico, secondo un modello di amministrazione pubblica “di prestazione”.

6. Tra le forme di tutela ulteriori rispetto a quella di annullamento, già prima della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, ha assunto un ruolo di rilievo la tutela risarcitoria, ammessa anche nei confronti del potere pubblico, originariamente sulla base di normative di carattere settoriale -e segnatamente nelle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142); in materia edilizia, per il danno da ritardato rilascio del titolo a costruire (art. 4 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 398, convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 493, come successivamente modificato)- poi seguite dalle disposizioni a carattere generale contenute dapprima nel decreto legislativo n. 80 del 1998 (in parte qua non dichiarate incostituzionali) e nella legge n. 205 del 2000, e poi nel codice del processo amministrativo.

Come è stato evidenziato dalla Corte costituzionale con l’ordinanza n.165 del 1998, più in generale, con l’art. 35, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, è stata introdotta la regola per cui, nelle materie dell’urbanistica, dell’edilizia e dei servizi pubblici -in cui ha giurisdizione esclusiva- il giudice amministrativo «dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto».

L’articolo 7, comma 4, della legge n. 205 del 2000 ha poi previsto la risarcibilità del danno in ogni caso di lesione arrecata all’interesse legittimo.

7. Sulla base di tale quadro normativo, è stato dunque introdotto nel diritto pubblico un sistema in cui è devoluto al giudice amministrativo il potere di condanna dell’amministrazione al risarcimento del danno da illegittimo esercizio del potere pubblico, in una logica eminentemente “rimediabile”, e cioè come «strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione» (Corte costituzionale, sentenza 26 luglio 2004, n. 204; § 3.4.1), in quanto tale attribuito al «giudice naturale

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 4 perché coperti dal diritto d’autore.

Giappichelli Formazione

della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica» (Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191; § 4.3).

8. L'assetto ora descritto ha trovato una definitiva sistemazione con il codice del processo amministrativo. La «tutela piena ed effettiva» da esso delineata (art. 1, sopra citato) si attua con la concentrazione presso il giudice amministrativo di «ogni forma di tutela degli interessi legittimi» (art. 7, comma 7), e la devoluzione ad esso delle controversie «relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma» (art. 7, comma 4). E' quindi riconosciuta la possibilità di domandare «la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria» (art. 30, comma 2). Tanto nell'un caso («risarcimento per lesione di interessi legittimi» o «risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi»: art. 30, commi 3 e 6), quanto nell'altro («risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprou di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento»: art. 30, comma 4), entro termini significativamente previsti dal legislatore a pena di decadenza, giustificati sul piano costituzionale da esigenze di «certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria» (Corte costituzionale, sentenza 4 maggio 2017, n. 94; § 6.1).

9. Il paradigma cui è improntato il sistema della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o per il mancato esercizio di quella doverosa, devoluto alla giurisdizione amministrativa, è quello della responsabilità da fatto illecito. Anche in un'organizzazione dei pubblici poteri improntata al buon andamento, in cui si afferma il modello dell'amministrazione «di prestazione», quest'ultima mantiene rispetto al privato la posizione di supremazia necessaria a perseguire «i fini determinati dalla legge» (art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990), con atti di carattere autoritativo in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato. Nel rapporto amministrativo contraddistinto dalla ora descritta asimmetria delle posizioni si manifesta ad un tempo l'essenza dell'ordinamento giuridico di diritto amministrativo e allo stesso tempo si creano le condizioni perché la pubblica amministrazione –per ragioni storiche, sistematiche e normative- non possa essere assimilata al «debitore» obbligato per contratto ad «adempire» in modo esatto nei confronti del privato.

Nel descritto quadro l'esercizio della funzione pubblica, manifestatosi tanto con l'emanazione di atti illegittimi quanto con un'inerzia colpevole, può quindi essere fonte di responsabilità sulla base del principio generale *neminem laedere*: con la normativa sopra richiamata il legislatore ha progressivamente esteso ai casi di illegittimo esercizio del potere pubblico la tutela risarcitoria disciplinata dall'art. 2043 del codice civile -in cui è affermato un principio generale dell'ordinamento- secondo cui «(q)ualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

10. Elemento centrale nella fattispecie di responsabilità ora richiamato è quindi l'ingiustizia del danno, da dimostrare in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui, come esattamente sottolinea il giudice rimettente, la valutazione sull'ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale. Declinata nel settore relativo al «risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi», di cui al sopra citato art. 7, comma 4, cod. proc. amm., il requisito dell'ingiustizia del danno implica che il risarcimento potrà essere riconosciuto se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Infatti, diversamente da quanto avviene nel settore della responsabilità contrattuale, il cui aspetto programmatico è costituito dal rapporto giuridico regolato bilateralmente dalle parti mediante l'incontro delle loro volontà concretizzato con la stipula del contratto-fatto storico, il rapporto amministrativo si caratterizza per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale e in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, a ingenerare la responsabilità aquiliana dell'amministrazione.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

11. Depongono, infine, nel senso della riconducibilità del danno per lesione di interessi legittimi al modello della responsabilità per fatto illecito, anche indici normativi di univoca portata testuale.

In particolare, i sopra citati commi 2 e 4 dell'art. 30 cod. proc. amm., rispettivamente fanno riferimento al «danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria», e al «danno che il ricorrente comprou di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». Con specifico riguardo alle «(c)onsequenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento», l'art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241 del 1990 prevede, quindi, che i soggetti pubblici e privati tenuti ad agire secondo le regole del procedimento amministrativo «sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

12. ***L'ingiustizia del danno*** che fonda la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi si correla alla sopra menzionata dimensione sostanzialistica di questi ultimi, per cui ***solo se dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica sia derivata per il privato una lesione della sua sfera giuridica quest'ultimo può fondatamente domandare il risarcimento per equivalente monetario. Secondo un orientamento risalente di questa Adunanza plenaria, mai posto in discussione, il risarcimento è quindi escluso quando l'interesse legittimo riceva tutela idonea con l'accoglimento dell'azione di annullamento, ma quest'ultimo sia determinato da una illegittimità, solitamente di carattere formale, da cui non derivi un accertamento di fondatezza della pretesa del privato ma un vincolo per l'amministrazione a rideterminarsi, senza esaurimento della discrezionalità ad essa spettante (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 3 dicembre 2008, n. 13; §§ 3.3 - 3.5). Nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo il requisito dell'ingiustizia esige dunque la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza.***

13. ***L'ingiustizia del danno così declinata non è tuttavia il solo presupposto della responsabilità ex art. 2-bis l. n. 241 del 1990.***

Quest'ultima disposizione va letta in combinato con l'art. 2 della medesima legge, che disciplina in termini generali la «(c)onclusione del procedimento».

*La disposizione ora richiamata - oltre ad enunciare il dovere di concludere il procedimento con provvedimento espresso (comma 1), la cui violazione sostanzia nei rapporti intersoggettivi l'antigiuridicità della condotta dell'amministrazione (mentre le conseguenze e le responsabilità interne sono regolate nel comma 9); a modulare variamente i termini, le relative decorrenze e le ipotesi di sospensione (commi 2 - 7); e a regolare le conseguenze per alcune categorie di atti (comma 8-bis) - **prevede uno strumento di cooperazione con il privato istante, finalizzato a superare l'inerzia dell'amministrazione, incentrato sul potere di avocazione dell'affare (commi 9-bis - 9-quinquies).***

L'istituto ha un ruolo centrale nella fattispecie di responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo. La sua attivazione da parte del privato è infatti indice di serietà ed effettività dell'interesse legittimo di quest'ultimo al provvedimento espresso. All'opposto, in assenza di ulteriori iniziative del richiedente, potrebbe presumersi, salve diverse considerazioni che spieghino tale inerzia, che l'ulteriore decorso del tempo sia sostanzialmente indifferente per il privato, nell'ambito delle proprie autonome determinazioni. In tale prospettiva, il mancato utilizzo dello strumento può concorrere a costituire comportamento valutabile ai sensi dell'art. 30, comma 3, cod. proc. amm. al fine di escludere «il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti». Ciò secondo i principi affermati da questa Adunanza plenaria nella sentenza 23 marzo 2011, n. 3, propri di un ordinamento giuridico che, nell'assoggettare la funzione amministrativa al diritto, e dunque assicurare il primato della legge, riconosce al privato - come sopra esposto - un novero di mezzi a

tutela dei propri interessi più ampio di quelli utilizzabili nei rapporti di diritto civile, ed in cui l'azione risarcitoria è solo uno dei rimedi a disposizione.

14. Allo strumento procedimentale ora esaminato si aggiungono quelli di ordine processuale, tra cui l'azione contro il silenzio (artt. 31 e 117 cod. proc. amm.) e quella di ottemperanza (art. 112 e ss. cod. proc. amm.), la cui proposizione di per sé evidenzia all'amministrazione che l'ulteriore ritardo nella conclusione del procedimento può comportare un pregiudizio economico.

Queste azioni sono state nel caso di specie esperite dalla società ricorrente, e sulla base di tale circostanza il Consiglio di giustizia amministrativa ha accertato con efficacia di giudicato interno la colpa dell'amministrazione, oltre alla fondatezza per altro verso della pretesa della Iris Impianti Energia Rinnovabile Siracusa a realizzare e gestire tre dei quattro impianti fotovoltaici per i quali aveva chiesto alla Regione siciliana l'autorizzazione ai sensi del sopra citato art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003.

Sul piano generale va in ogni caso precisato, in chiave nomofilattica, che la mancata sollecitazione del potere di avocazione previsto dall'art. 2, commi 9-bis e seguenti, l. n. 241 del 1990 –così come la mancata proposizione di ricorsi giurisdizionali- non ha rilievo come presupposto processuale dell'azione risarcitoria ex art. 2-bis della medesima legge, la quale, al pari dell'azione risarcitoria per illegittimità provvedimento, è ormai svincolata da ogni forma di pregiudiziale amministrativa. **La condotta attiva del privato può invece assumere rilievo come fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 3, secondo periodo, cod. proc. amm.,** laddove si accerti «che le condotte attive trascurate (...) avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno» (così la sentenza dell'Adunanza plenaria 23 marzo 2011, n. 3, da ultimo richiamata: § 7.2.2). **In altri termini, la mancata attivazione dei rimedi procedurali e processuali, al pari delle ragioni che sorreggano il mancato esperimento degli stessi, non è idonea in sé a precludere la pretesa risarcitoria, ma costituisce un elemento di valutazione che può concorrere, con altri, alla definizione della responsabilità.**

15. La necessità che nell'esame della domanda di risarcimento dei danni da illegittimo o mancato esercizio della funzione pubblica sia in ogni caso valutata la condotta del privato costituisce un profilo di peculiarità della responsabilità dell'amministrazione rispetto al modello di riferimento costituito dalla fattispecie generale dell'illecito civile prevista dall'art. 2043 del codice civile, in considerazione della complessa evoluzione che nel tempo, a partire dalla teorica del procedimento amministrativo, hanno subito i rapporti tra amministrazione e privato in termini di partecipazione per quest'ultimo e di attenuazione della posizione di supremazia dell'amministrazione nell'esercizio della funzione; con conseguenti oneri

Tuttavia l'onere di cooperazione in parola può essere ricondotto allo schema di carattere generale del «(c)oncorso del fatto colposo del creditore» previsto dall'art. 1227 del codice civile, richiamato dall'art. 2056 cod. civ. per la responsabilità da fatto illecito, e più precisamente nell'ipotesi del secondo comma (evocativo di un principio di causalità giuridica, a differenza del primo comma che disciplina il nesso di causalità materiale condotta-evento), per la quale il risarcimento «non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza». Come ha precisato questa Adunanza plenaria nella più volte richiamata sentenza del 23 marzo 2011, n. 3, nell'ambito della struttura bipolare della responsabilità civile -come rilevato dalla stessa giurisprudenza civile- l'art. 1227, comma 2, cod. civ. rileva nella determinazione del danno, in combinato disposto con l'art. 1223, quale criterio (rectius: uno dei criteri) in base al quale selezionare le conseguenze risarcibili, dopo che si sia positivamente accertata la ingiusta lesione di un interesse giuridico meritevole di tutela in termini di conseguenza immediata e diretta della condotta (con la differenza che, nella responsabilità contrattuale, il requisito dell'ingiustizia risulta conseguenza in re ipsa dell'inadempimento, mentre costituisce co-elemento di struttura dell'illecito nella responsabilità aquiliana). Nel settore della responsabilità dell'amministrazione da illegittimo o mancato esercizio dei suoi poteri autoritativi il criterio in questione si declina nel senso che a carico del privato è posto un onere di ordinaria diligenza- come tale valutabile dal giudice- di attivarsi con ogni strumento

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 7 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

procedimentale o processuale utile a salvaguardare il bene della vita correlato al suo interesse legittimo, in modo da delimitare in termini quantitativi, anche con riguardo a ciò, il perimetro del danno risarcibile. In modo parzialmente diverso da quanto si tende ad affermare nei rapporti regolati dal diritto civile, l'onere di cooperazione del privato nei confronti dell'esercizio della funzione pubblica assume quindi i connotati di un «obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno)», con la sola esclusione di «attività straordinarie o gravose attività», per cui «non deve essere risarcito il danno che il creditore non avrebbe subito se avesse serbato il comportamento collaborativo cui è tenuto, secondo correttezza» (così ancora l'Adunanza plenaria nella sentenza del 23 marzo 2011, n. 3, più volte richiamata; § 7.1).

16. Comuni all'illecito civile sono invece le questioni concernenti il danno-conseguenza, in cui non vengono in rilievo profili di carattere pubblicistico, ma si pone la questione di individuare e quantificare i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo, e dunque di imputare all'evento dannoso causalmente correlato al fatto illecito, sul piano della causalità materiale, i pregiudizi patrimoniali da reintegrare per equivalente monetario, conseguenze "dirette e immediate" dell'evento sul piano della causalità giuridica, come si dirà a breve.

Il danno-conseguenza è disciplinato con carattere di generalità sia per la responsabilità da inadempimento contrattuale che da fatto illecito (in virtù del più volte richiamato art. 2056 cod. civ.) dagli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Solo per la responsabilità da inadempimento opera il limite previsto dall'art. 1225 cod. civ. della prevedibilità del danno, salvo il caso di dolo.

*17. Una volta ricondotta la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi al principio del *neminem laedere* positivizzato nell'art. 2043 cod. civ., deve escludersi che, nella individuazione e quantificazione del danno, possa operare il limite rappresentato dalla sua prevedibilità.*

Assume invece un ruolo centrale il sopra menzionato art. 1223 cod. civ., anch'esso richiamato dall'art. 2056 cod. civ., secondo cui il risarcimento del danno comprende la perdita subita dal creditore (danno emergente) e il mancato guadagno (lucro cessante) «in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». Nella sua parte descrittiva, la dicotomia danno emergente - lucro cessante esprime la funzione della responsabilità civile, anche nei rapporti di diritto pubblico, di rimedio previsto in funzione reintegratrice della sfera patrimoniale dell'individuo rispetto ad aggressioni esterne. Nondimeno alla funzione descritta della norma si aggiunge quella precettiva, per la quale, al pari del criterio dell'evitabilità previsto dall'art. 1227, comma 2, cod. civ., il criterio della consequenzialità immediata e diretta opera in funzione limitatrice delle conseguenze dannose risarcibili comprese nella serie causale originata dal fatto illecito. Sulla sua base si esclude il risarcimento di quei danni rispetto ai quali il fatto illecito non si pone in rapporto di necessità o regolarità causale, ma ne costituisce una semplice occasione non determinante del loro verificarsi.

18. Come chiarito da questa Adunanza plenaria nella più volte richiamata sentenza 23 marzo 2011, n. 3, i criteri in questione attengono alla c.d. causalità giuridica, da distinguere rispetto alla causalità c.d. materiale, sulla cui base imputare il fatto illecito all'evento dannoso. Attraverso quest'ultima, logicamente prioritaria rispetto alla prima, si pongono in correlazione accadimenti naturali e per essa si applicano pertanto i criteri di stampo penalistico enunciati dagli artt. 40 e 41 cod. pen.; la causalità giuridica attiene invece alla delimitazione delle conseguenze risarcibili, come poc'anzi accennato.

*19. Ciò precisato, la questione deferita dal Consiglio di giustizia amministrativa si inquadra non già nella causalità materiale, posto che - come premesso in apice - il giudice rimettente ha già accertato con efficacia di giudicato interno che l'inosservanza da colposa da parte della Regione Siciliana dei termini del procedimento ex 12 d.lgs. n. 387 del 2003 ha impedito alla società ricorrente di ottenere il bene della vita tutelato attraverso la previsione legislativa dei termini entro cui la funzione amministrativa deve esercitarsi, consistente nel tempestivo rilascio delle autorizzazioni ai sensi della disposizione di legge da ultimo richiamata. **E' dunque incontrovertito nel caso di specie che il ritardo***

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 8 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

ha leso il bene “tempo”, che ha dignità di interesse risarcibile ex art. 2-bis l. n. 241 del 1990, se e nella misura in cui, per effetto di tale lesione, si sia prodotto un «danno ingiusto». In questo senso è costantemente orientata la giurisprudenza amministrativa (da ultimo ribadita da: Cons. Stato, II, 21 dicembre 2020, n. 8199, 25 maggio 2020, n. 3318; III, 2 novembre 2020, n. 6755; IV, 8 marzo 2021, nn. 1921 e 1923, 1 dicembre 2020, n. 7622, 20 ottobre 2020, n. 6351, 22 luglio 2020, n. 4669; V, 2 aprile 2020, n. 2210; VI, 15 febbraio 2021, n. 1354, 26 marzo 2020, n. 2121). Deve al riguardo precisarsi che l'apparentemente contraria affermazione di questa Adunanza plenaria al § 42 della sentenza 4 maggio 2018, n. 5, consiste in realtà in un riferimento a tesi interpretative dell'art. 2-bis l. n. 241 del 1990 volte a riconoscere «la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo», come fattispecie di danno da comportamento e non da provvedimento; al successivo § 45 la stessa Adunanza plenaria ha comunque precisato che anche in questo caso è necessario che sia provato «sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione».

20. La questione controversa e rimessa dal Consiglio di giustizia amministrativa in sede nomofilattica, oggetto del primo quesito, attiene **invece al rapporto di causalità giuridica tra evento lesivo e danno-conseguenza**. La questione si sostanzia più precisamente nella possibilità di imputare alla Regione siciliana il mancato accesso al regime tariffario incentivante previsto per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, a causa del sopravvenuto divieto di cui all'art. 65 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Il dubbio del giudice rimettente sul punto si incentra in particolare sulla questione se la sopravvenienza normativa costituisca un fattore causale autonomo, in grado di interrompere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso al regime incentivante, o - espresso in altri termini - di **configurare il ritardo dell'amministrazione come mera occasione rispetto al pregiudizio patrimoniale lamentato dalla società ricorrente, unitamente agli altri dalla stessa dedotti in giudizio.**

21. La questione richiede di precisare innanzitutto che, nell'ambito della dicotomia danno emergente - lucro cessante posta dall'art. 1223 cod. civ., il mancato accesso al regime tariffario incentivante si colloca nel secondo concetto, come peraltro precisato dallo stesso giudice rimettente.

Ciò precisato, l'accertamento del nesso di consequenzialità immediata e diretta del danno con l'evento pone problemi di prova con riguardo al lucro cessante in misura maggiore rispetto al danno emergente. A differenza del secondo, consistente in un decremento patrimoniale avvenuto, il primo, quale possibile incremento patrimoniale, ha di per sé una natura ipotetica. La valutazione causale ex art. 1223 cod. civ. assume pertanto la fisionomia di un giudizio di verosimiglianza (rectius: di probabilità), in cui occorre stabilire se il guadagno futuro e solo prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità se non fosse intervenuto il fatto ingiusto altrui. Non a caso in questo ambito è sorta **la tematica della risarcibilità della chance, considerata ormai, sia dalla giurisprudenza civile sia dalla giurisprudenza amministrativa, una posizione giuridica autonomamente tutelabile -morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole** (e in ciò distinta dall'elemento causale dell'illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa)- purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata e nella quale può quindi essere ricondotta la pretesa risarcitoria connessa al regime tariffario incentivante di cui la società ricorrente chiede il ristoro per equivalente.

Tali considerazioni appaiono particolarmente pertinenti nel presente giudizio – e in quelli similari- in cui l'utilità conseguibile con l'originaria istanza di autorizzazione deriva non soltanto dal concreto auspicato svolgimento dell'attività conseguente all'autorizzazione, ma anche e soprattutto dai benefici conseguenti a una diversa e ulteriore previsione normativa, la cui applicazione è

devoluta a una diversa amministrazione, competente a verificare la spettanza dei benefici nell'ambito di un diverso procedimento.

In ragione di ciò il giudice rimettente dovrà valutare ogni elemento rilevante nella presente fattispecie, tra cui il fatto che, rispetto al procedimento di autorizzazione a costruire e gestire impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, l'accesso alle agevolazioni tariffarie è oggetto di un procedimento amministrativo ulteriore, regolato dai vari "conti energia" in ipotesi applicabili, onde la necessità di svolgere una prognosi sul possibile esito di quest'ultimo.

22. Posta questa premessa, con specifico riguardo alla responsabilità aquiliana da fatto illecito, vi è una disposizione specifica in tema di danno-conseguenza che rimette all'«equo apprezzamento delle circostanze del caso» la relativa valutazione (art. 2056, comma 2, cod. civ.). La liquidazione equitativa assume una centrale rilevanza, sul piano tecnico, in tema di quantificazione di danni che si proiettano nel futuro e che non sono determinabili con la certezza propria di quelli verificabili sul piano storico, come invece nel caso del danno emergente. Il che implica, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, che non può ritenersi che il danno da lucro cessante, sul piano giuridico, possa equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione. E ciò perché l'attività non è stata svolta, il correlato procedimento inerente alla sussistenza dei requisiti non ha avuto seguito, e, più in generale, non può darsi per verificato un evento -l'avvio e lo svolgimento per tutta la durata prevista dell'attività di impresa in regime di incentivo- che non si è verificato e che potrebbe essere stato soggetto a qualsiasi sopravvenienza anche di fatto nel corso dell'attività di impresa.

23. In questo ambito, fermo l'onere di allegazione e prova del danneggiato (artt. 63, comma 1, e 64, comma 1, cod. proc. amm.), anche mediante presunzioni, e l'eventuale espletamento di una consulenza tecnica di ufficio –nel caso in esame già disposta dal giudice remittente- sulla questione propriamente giuridica del rilievo causale attribuibile alla sopravvenienza normativa deve ribadirsi che essa opera nella fattispecie controversa non già come fatto imprevedibile ex art. 1225 cod. civ. - rilevante se la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione da interessi legittimi fosse inquadrabile nella responsabilità contrattuale, quod non come in precedenza chiarito – ma, in ipotesi, come fattore causale autonomo ed in grado di escludere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso al regime tariffario incentivante.

Occorre in altri termini valutare come operi la sopravvenienza normativa nella sequenza causale produttiva del danno, sul piano –di cui si discorre- della consequenzialità "immediata e diretta".

24. Sul punto l'Adunanza plenaria, ritiene che, con riferimento al periodo di tempo anteriore alla modifica normativa che ha soppresso gli incentivi, non sia revocabile in dubbio che sussista un rapporto di consequenzialità che consente di imputare al ritardo della Regione siciliana il pregiudizio patrimoniale subito dalla società ricorrente a causa del mancato accesso agli incentivi tariffari. La regolarità causale che lega i due eventi –ritardo dell'amministrazione nel provvedere e perdita degli incentivi- non può infatti ritenersi recisa dalla sopravvenienza normativa, per la decisiva considerazione che è stato proprio il ritardo a rendere la sopravvenienza rilevante, come fatto impeditivo per l'accesso agli incentivi tariffari altrimenti ottenibili. Lungi dal porsi come mera "occasione" del pregiudizio, il ritardo ne è stata dunque la causa. Con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre invece stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio sarebbe riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 10 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

25. *L'imputabilità del danno all'amministrazione regionale –nei termini enunciati al par. 24- è coerente con le funzioni della responsabilità civile ulteriori rispetto a quella tipica di reintegrazione della sfera giuridica patrimoniale contro ingiuste lesioni causate da terzi e cioè:*

- *la funzione dissuasiva, di matrice soggettiva e di più antica concezione, che, in coerenza con il precetto fondamentale del *neminem laedere* e il fondamento etico e di convivenza civile del rimedio risarcitorio, milita nel senso di addossare all'autore di condotte colpose ingiustamente lesive di altrui interessi patrimoniali le relative conseguenze;*

- *la più moderna funzione di equa ripartizione dei rischi connessi ad attività lecite ma potenzialmente pregiudizievoli per i terzi (su cui pertinenti considerazioni sono svolte dal giudice rimettente alle teorie dell'aumento del rischio e dello scopo della norma violata), che invece giustifica sul piano oggettivo che le conseguenze economiche sfavorevoli per questi ultimi siano comunque accollate alle medesime attività, quale poste passive ad essa inerenti, secondo il principio *cuius commoda eius et incommoda*.*

*Nel caso di specie, l'applicazione del criterio della consequenzialità immediata e diretta enunciato dall'art. 1223 cod. civ. secondo le funzioni ora espresse risulta inoltre coerente con gli obiettivi avuti di mira dal legislatore con la previsione di termini massimi ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990; per cui, se è vero che, nella dinamica dei rapporti giuridici, la sopravvenienza normativa è in sé un *factum principis*, in grado pertanto di escludere l'imputazione soggettiva delle relative conseguenze pregiudizievoli, nondimeno l'ingiustificato ritardo nel rilascio del provvedimento ingenera –alle condizioni sopra delineate- una responsabilità in capo all'amministrazione coerente con la funzione dei termini del procedimento, consistente nel definire un quadro certo relativo ai tempi in cui il potere pubblico deve essere esercitato e dunque è ragionevole per il privato prevedere che sia esercitato. Nel settore della realizzazione degli impianti in questione, poi, a tali considerazioni di ordine generale si aggiunga che il regime incentivante connesso al ricorso a fonti rinnovabili di produzione energetica fa assurgere l'investimento privato a fattore chiave, destinato a ricevere tutela secondo le descritte norme di azione dei pubblici poteri principalmente attraverso la definizione di tempi certi per il rilascio dei necessari titoli autorizzativi. Il corollario processuale del quadro normativo così tracciato è che in un sistema di tutela giurisdizionale effettivo, contraddistinto dalla pluralità di rimedi a disposizione del privato contro l'inerzia dell'amministrazione, quest'ultima sottostà sul piano risarcitorio alla mancata realizzazione degli investimenti nel settore quando questi siano causati dal suo comportamento antigiusdizionale. In coerenza con la funzione dissuasiva e di equa ripartizione dei rischi tipica del rimedio risarcitorio, e delle regole operative sulla delimitazione dei pregiudizi risarcibili, sopra esaminate, il mutamento normativo, espressivo di un mutato indirizzo legislativo rispetto all'intervento economico pubblico in funzione agevolativa degli investimenti privati, deve pertanto essere considerato un rischio imputabile all'amministrazione quando la sopravvenienza normativa non avrebbe avuto rilievo se i tempi del procedimento autorizzativo fossero stati rispettati.*

26. Sulla base di tutto quanto finora considerato possono quindi essere formulati i principi di diritto sulle questioni deferite ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. all'Adunanza plenaria dal Consiglio di giustizia amministrativa, al quale la causa va restituita ai sensi della comma 4 della medesima disposizione:

- **a) la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimentale sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano** e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che **vi sia stata la lesione di un bene della vita**, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. –da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento- i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ.;

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 11 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

- b) con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza le disposizioni sui relativi benefici, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati;
- c) con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi;
- d) in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposto, afferma i principi di diritto di cui in motivazione e restituisce per il resto il giudizio al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Omissis.

Omissis.

Argomento 7

TRACCIA

Responsabilità civile e affidamento incolpevole.

A. Schema per punti

1. Provvedimento favorevole illegittimo e affidamento incolpevole. 2. Condotta omissiva, comportamento materiale e affidamento incolpevole.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 17, parr. 23-24, pagg. 1353-1359.

B. Giurisprudenza

1. Responsabilità e rilevanza dell'affidamento. Orientamento che riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo: **Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20.**

Omissis.

FATTO

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe la IV Sezione di questo Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un **provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato**, sulle quali ha ravvisato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., orientamenti contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

2. Le questioni deferite sono sorte in un contenzioso promosso dalla signora Emanuela Bacchilega per la condanna del Comune di Numana al risarcimento dei danni subiti in conseguenza **dell'annullamento del permesso di costruire** in data 11 marzo 2008 a favore di una porzione di un lotto di terreno sito in località Marcelli del medesimo Comune di mq 362, identificata al NCEU al foglio 7, particella 1858, che la ricorrente aveva acquistato con rogito notarile in data 28 marzo 2008, ottenendo così la voltura del titolo ad edificare. L'annullamento di quest'ultimo è stato pronunciato su ricorso della proprietaria confinante signora Alessandra Cianini in Bordoni, promosso nei confronti del dante causa della ricorrente signora Bacchilega, signor Paolo Alfieri (sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche 2011, n. 630, confermata da questo Consiglio di Stato, IV, 19 giugno 2014, n. 3114). **Con le citate pronunce il titolo a costruire è stato annullato in via derivata rispetto alla variante generale al piano regolatore**, di cui alla delibera del consiglio comunale del 27 aprile 2006, n. 23, con cui, in accoglimento di un'osservazione presentata dallo stesso signor Alfieri, al lotto era stata impressa la destinazione edificatoria.

3. Risultato vano il tentativo dell'amministrazione comunale di sanare ai sensi dell'art. 38 T.U. Edilizia la situazione di abusività dell'edificazione venutasi a creare in conseguenza dell'annullamento del relativo titolo, contro il quale la signora Alessandra Cianini in Bordoni ha chiesto la sua condanna. Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 13 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

vittoriosamente esperito l'azione in ottemperanza al giudicato di annullamento (sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche 2015, n. 698), la signora Bacchilega ha agito nel presente giudizio per il risarcimento dei danni subiti per avere confidato in buona fede nella legittimità degli atti di pianificazione urbanistica e del conseguente permesso di costruire a suo favore poi annullati in sede giurisdizionale.

4. La domanda è stata accolta in primo grado dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche, con sentenza in data 6 maggio 2020, n. 268.

5. **Accertati i presupposti della responsabilità dell'amministrazione comunale - la «colpa d'apparato» consistita nell'adozione dell'illegittima variante** urbanistica e il nesso di causalità tra questa e il relativo annullamento in sede giurisdizionale - la sentenza di primo grado ha condannato il Comune di Numana al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente, sul rilievo che quest'ultima «aveva acquistato il terreno per realizzarvi una dimora estiva» e «non avrebbe verosimilmente acquistato un terreno di cui non era possibile la trasformazione edilizia». La sentenza di primo grado ha quindi condannato il Comune di Numana al risarcimento dei danni consistenti nel maggior valore del terreno acquistato correlato alla sua illegittima destinazione edificatoria e nelle spese sostenute per l'edificazione e per la successiva demolizione del fabbricato su di esso realizzato.

6. Per la riforma della sentenza il Comune di Numana, non costituitosi in primo grado, ha proposto appello. Per quanto ancora di interesse dopo il deferimento all'Adunanza plenaria l'amministrazione appellante ha contestato sia la giurisdizione amministrativa nella presente controversia risarcitoria, in cui risulterebbe leso l'«affidamento che il privato avrebbe riposto nella legittimità del provvedimento impugnato da altri» (così nell'appello), sia i presupposti su cui si fonda la condanna al risarcimento pronunciata nei suoi confronti.

7. Sulle questioni così sintetizzate la IV Sezione ha ravvisato contrasti di giurisprudenza sia presso la Corte di Cassazione che presso questo stesso Consiglio di Stato ed ha pertanto formulato i seguenti quesiti:

1) **se la domanda di risarcimento del danno «formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica» annullata in sede giurisdizionale, e da cui sia derivato l'annullamento dei conseguenti permessi di costruire sia devoluta alla giurisdizione amministrativa, e «più in generale» se questa «sussista sempre» quando si debbano verificare le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo**, tanto su domanda del ricorrente vittorioso che del controinteressato soccombente;

2) nel merito, quando possa ravvisarsi «un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo'»;

3) in caso positivo, e dunque che «si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole'», «quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione».

DIRITTO

1. La questione di giurisdizione deferita nella presente sede nomofilattica deve essere risolta nel senso che sussiste la giurisdizione amministrativa tanto sulle domande aventi ad oggetto le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, quanto nel caso di specie, in cui la domanda risarcitoria sia proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione nella materia «urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio», devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), del codice del processo amministrativo.

2. In generale, **la giurisdizione amministrativa ha fondamento costituzionale nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi** (artt. 24 e 113 Cost.), alla quale nell'unità funzionale e non organica della giurisdizione nazionale corrisponde un giudice cui è naturalmente devoluta la cognizione: al giudice ordinario sui diritti soggettivi e al giudice amministrativo sugli interessi legittimi, fatte salve le materie di giurisdizione esclusiva, in cui è concentrata presso quest'ultimo la tutela di entrambe le situazioni, poiché nelle «speciali materie» ex art. 103 Cost. queste si presentano inestricabilmente

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 14 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

intrecciate. Come ha statuito la Corte costituzionale (sentenza 26 luglio 2004, n. 204), il riparto ora descritto deriva dal recepimento nella Carta fondamentale dell'assetto venutosi a determinare nell'ordinamento pre-repubblicano. In questo, all'abolizione del contenzioso amministrativo e all'affermazione del principio del giudice unico, ordinario, in «tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione» (art. 2 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E), ha fatto seguito il «recupero» alla giurisdizione degli interessi ex art. 3 della medesima legge, affidati nella legge abolitiva del contenzioso alla cura esclusiva della pubblica amministrazione (e pertanto sottratti «a qualsiasi controllo giurisdizionale»: così la sentenza in esame), con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato in base alla legge (31 marzo 1889, n. 5992) e il successivo riconoscimento di quest'ultimo come organo giurisdizionale (ai sensi della legge 7 marzo 1907, n. 62, istitutiva della V Sezione, in coerenza con quanto fu ritenuto dalla Corte di cassazione). La Corte costituzionale ha al riguardo affermato che con il riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo sulla base della posizione giuridica soggettiva la Costituzione **«ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865; così come di questa legge ha, con quello che sarebbe diventato l'art. 113 Cost., recepito il principio – «e fu per questo ritenuta una conquista liberale di grande importanza» – «per il quale, quando un diritto civile o politico viene leso da un atto della pubblica amministrazione, questo diritto si può far valere di fronte all'Autorità giudiziaria ordinaria, in modo che la pubblica amministrazione davanti ai giudici ordinari viene a trovarsi, in questi casi, come un qualsiasi litigante privato soggetto alla giurisdizione ... principio fondamentale che è stato completato poi con l'istituzione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato ... dell'unicità della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione» (Calamandrei, Assemblea, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)»** (sentenza 26 luglio 2004, n. 204; § 2.2 del «considerato in diritto»).

3. Nella prospettiva delineata dal proprio precedente la stessa Corte costituzionale ha in seguito precisato che non è vero che la giurisdizione è devoluta giudice ordinario «per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino (nei confronti della pubblica amministrazione) **abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno**», dal momento che il risarcimento non è oggetto di un **diritto soggettivo, ma è un rimedio (uno tra quelli previsti dall'ordinamento giuridico)** a tutela delle posizioni giuridiche soggettive riconosciuto al singolo (sentenza 11 maggio 2006, n. 191); ed inoltre che il giudizio amministrativo «assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa» (sentenza 27 aprile 2007, n. 140).

4. Del descritto assetto è espressione a **livello normativo primario l'art. 7 del codice del processo amministrativo** che al comma 1 devolve al giudice amministrativo la giurisdizione nelle controversie «nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»; e al comma 7 declina il principio fondamentale di effettività (sancito dall'art. 1 cod. proc. amm.) nel senso che esso «è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi».

5. **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. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 15 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata. Dell'affidamento sono applicazioni concrete, tra le altre, la "regola possesso vale titolo" ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ., il cui denominatore comune consiste nell'attribuire effetti all'atto compiuto dalla parte che in buona fede abbia pagato o contrattato con chi ha invece ricevuto il pagamento o alienato senza averne titolo.

6. Sorto in questo ambito, **l'affidamento ha ad oggi assunto il ruolo di principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo.**

E' in questo senso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che, con **affermazione di carattere generale**, ha statuito che l'affidamento «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività» (Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Nella pronuncia ora richiamata non si è condiviso l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza della Corte regolatrice secondo cui l'affidamento costituisce un diritto autonomo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione per lesione da affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole poi annullato. Nella pronuncia in esame si è invece posto in rilievo che, in conformità alla sua origine quale istituto giuridico espressione di un principio più che di una situazione soggettiva, **l'affidamento «contribuisce a fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive»** e che nei rapporti con l'amministrazione essa si traduce nell'«aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato», che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima.

7. Nella condivisibile prospettiva in cui si colloca la pronuncia ora in esame, che pure ha declinato la giurisdizione amministrativa in favore del giudice ordinario, in applicazione dei principi enunciati dalla Cassazione, SS.UU., nelle ordinanze del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, **la giurisdizione amministrativa va invece 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. La giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo perché 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.**

8. **Seguendo quindi l'insegnamento ricavabile dalle sopra richiamate sentenze della Corte costituzionale deve quindi essere affermata la giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile dunque all'amministrazione che "agisce in veste di autorità" e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1). E ciò sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa.**

9. Non sembra quindi condivisibile interporre nel rapporto amministrativo costituito dal provvedimento **un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento alla stabilità del**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 16 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

provvedimento medesimo, quale presupposto sostanziale della **giurisdizione amministrativa**. Attraverso la stabilità del provvedimento e del rapporto con esso costituito il privato beneficiario conserva l'utilità attribuitagli, che nella misura in cui è correlata ad un pubblico potere è e rimane oggetto di un interesse legittimo (da pretensivo a oppositivo, secondo la terminologia invalsa al riguardo).

Non può dunque essere seguita l'impostazione secondo cui quando il potere amministrativo non si è manifestato in un provvedimento tipico ma è rimasto a livello di comportamento la giurisdizione sarebbe devoluta al giudice ordinario; questa è per contro ipotizzabile solo a fronte di comportamenti "meri", non riconducibili al pubblico potere, a fronte dei quali le contrapposte situazioni giuridiche dei privati hanno consistenza di diritto soggettivo. In tale contesto, non sembra possa sostenersi, in assenza di base testuale, che l'ambito di applicazione dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. sia circoscritto al solo risarcimento del danno da provvedimento sfavorevole, azionabile dal ricorrente con l'azione di annullamento, mentre nella situazione assolutamente simmetrica alla precedente e del pari inserita nella vicenda relazionale governata dal diritto amministrativo, sussisterebbe la giurisdizione ordinaria per i danni conseguenti all'annullamento del provvedimento favorevole, "degradato" a mero fatto.

10. Una recente conferma di quanto finora considerato è ritraibile sul piano normativo **dall'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241**, così formulato: «(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi **della collaborazione e della buona fede**» [comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»]. La disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei **principi costituzionali di imparzialità e buon andamento** (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo - forma tipica di esercizio della funzione amministrativa - non è più **contraddistinto dall'assoluta unilateralità del potere**, ma è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il **procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti** a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. **Concepito in questi termini il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; tale dovere comportamentale si rivolge sia all'amministrazione sia ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento**, qualificando in termini giuridici una relazione che è e resta pubblicistica, sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti. E non sembra, in tale contesto, che i principi che regolano il rapporto siano espressione di autonome situazioni soggettive autonome, se non avulse, dalla posizione delle parti; si deve piuttosto ritenere che si tratti di doveri imposti alle parti, e in primis all'amministrazione, a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza.

11. Non è pertanto possibile, nel **definire il riparto di giurisdizione, circoscrivere la rilevanza dei doveri in esame al diritto comune, dal momento che gli stessi sono invece comuni al diritto civile e al diritto amministrativo**, ovverosia ai rapporti paritetici di diritto soggettivo così come a quelli originati dall'esistenza e dall'esercizio in concreto del pubblico potere. A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto **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 affierisce pur sempre**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 17 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

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. 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. Come infatti testualmente previsto dalla disposizione in parola, **la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo non solo nel caso in cui il potere sia stato esercitato, ma anche nel caso contrario di mancato esercizio**. Non è conseguentemente possibile scindere sul piano del riparto giurisdizionale le due ipotesi, che peraltro possono in astratto dare luogo a profili diversi di addebito sul piano diacronico (per il fatto ad esempio di avere esercitato il potere tardivamente e di averlo poi esercitato illegittimamente), la cui cognizione va concentrata presso un unico giudice, ovvero quello amministrativo, quale giudice naturale della funzione amministrativa.

12. Quanto ora affermato trova conferma nella risalente giurisprudenza di questa Adunanza plenaria. Sin **dalla sentenza 5 settembre 2005, n. 6, l'Adunanza** ha infatti affermato la giurisdizione amministrativa in relazione ad una domanda di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale proposta dall'aggiudicataria di una procedura di affidamento nei confronti dell'amministrazione per revoca legittima della gara. Nel precedente ora richiamato l'Adunanza plenaria ha ricondotto all'ambito della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento di contratti pubblici istituita dall'art. 6 della legge di riforma della giustizia amministrativa 21 luglio 2000 n. 205 (oggi trasfusa nell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo amministrativo), non solo tutte le questioni di interesse legittimo relative agli atti della fase pubblicistica finalizzata alla conclusione del contratto e prima di tale momento, ma anche «la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno», nel presupposto che l'amministrazione pur tenuta per legge ad adottare moduli di contrattazione impersonale di stampo pubblicistico è nondimeno soggetta anche alle «norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune». E tale orientamento non risulta essere stato smentito dalla Corte regolatrice.

13. Il principio affermato nel precedente ora richiamato, così come l'affermazione in esso della responsabilità dell'amministrazione per revoca legittima, per lesione dell'affidamento dell'aggiudicataria sulla stipulazione del contratto d'appalto, è rilevante nel presente giudizio. Con esso si è infatti chiarito che le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro fonte invece di responsabilità per l'amministrazione. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi, anche per violazione degli connessi obblighi di protezione inerenti al procedimento.

14. Nell'autonomia dei due ordini di regole operanti con riguardo all'esercizio della funzione pubblica, di validità degli atti e di comportamento complessivo dell'amministrazione, si colloca l'affidamento del privato. Quest'ultimo si proietta 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**. E ciò a prescindere dal fatto che il bene della vita fosse dovuto ed anche se si accertasse in positivo che non era dovuto, come nel caso deciso da questa Adunanza plenaria nel precedente sopra esaminato (l'Adunanza plenaria si è più di recente espressa negli stessi termini, con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5).

15. Le considerazioni che precedono convergono nel senso di affermare, in coerenza con il fondamento costituzionale di riparto di giurisdizione, **che è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1,**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 18 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i «comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»; ed inoltre che «nelle particolari materie indicate dalla legge» di giurisdizione esclusiva - quale quella sugli «atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia» di cui all'art. 133, comma 1, lett. f), cod. proc. amm. oggetto del presente giudizio - essa si manifesta «attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela», anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione. **Il possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato in punto di giurisdizione con l'orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione delle sentenze di questo Consiglio, le quali sono nel frattempo tenute all'osservanza del principio di diritto (salva nuova rimessione) ai sensi dell'articolo 99 cod. proc. amm..**

16. Definita la questione di giurisdizione deferita a questa Adunanza plenaria, la Sezione IV ha rimesso alla presente sede nomofilattica alcune questioni di merito, concernenti **i limiti entro i quali è ravvisabile un affidamento incolpevole del privato sulla legittimità del provvedimento favorevole poi annullato in sede giurisdizionale.**

Per l'ordinanza di rimessione vi sarebbero alcuni fattori condizionanti, costituiti:

- **dall'apporto del privato all'emanazione del provvedimento, per cui non vi è affidamento meritevole di tutela se è stato quest'ultimo ad avere indotto «dolosamente o colposamente in errore» l'amministrazione**, come nel caso di titolo ad edificare ottenuto sulla base di un progetto «di per sé non assentibile» presentato dallo stesso privato, direttamente o per il tramite di proprio professionista di fiducia;
- dalla conformità della pretesa del privato alla legge, per cui lo stesso «deve risultare titolare di una aspettativa qualificata, basata su una pretesa risultante conforme al quadro ordinamentale applicabile al caso di specie»;
- **dalla consapevolezza sulla possibile illegittimità del provvedimento, acquisita dalla notifica del ricorso per il suo annullamento**, ottenuta in qualità di controinteressato nel giudizio di annullamento, per cui la sua esecuzione nelle more, prima che il provvedimento si consolidi, avviene «a suo rischio e pericolo», mentre la sentenza di annullamento «non costituisce un evento imprevedibile»;
- **dalla necessità di rispettare «il principio di non contraddizione»**, per cui occorre considerare che l'affidamento tutelabile è addotto dal controinteressato soccombente, al pari dell'amministrazione autrice dell'atto impugnato nel giudizio di annullamento, che dunque riverserebbe a quest'ultima l'onere economico derivante dalla comune soccombenza;

In positivo, l'ordinanza di rimessione sostiene che **un affidamento incolpevole va rapportato al tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento favorevole, per cui in tanto l'affidamento è tutelabile sul piano risarcitorio in quanto «si sia consolidato nel tempo, con la conservazione della utilità per un lasso di tempo tale da rendere ragionevole la sua stabilità»**, mentre all'opposto un simile presupposto «difficilmente si può ravvisare quando si ottenga un atto abilitativo di per sé impugnabile e in concreto già impugnato».

Con un ulteriore ordine di rilievi l'ordinanza di rimessione si domanda se abbiano rilievo aspetti **di ordine soggettivo concernenti** la condotta dell'amministrazione, sotto il profilo della **«rimproverabilità» del suo operato**, consistito nell'emanazione di un provvedimento favorevole a colui che del suo annullamento si duole nei confronti dell'amministrazione stessa. In particolare per l'ordinanza occorrerebbe considerare, in funzione escludente di un affidamento tutelabile, sia la **«situazione estremamente complessa» che ha contraddistinto il procedimento** di variante urbanistica che ha impresso la destinazione edificatoria all'area poi acquistata dalla ricorrente nel presente giudizio; **sia la «pervicacia» con cui il Comune di Numana ha inteso dare una sistemazione alla situazione venutasi a creare in seguito all'annullamento della variante urbanistica e dunque ha «tenuto talmente in conto la situazione in cui versava l'appellata – pur se**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 19 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

ella da tempo avvertita della vicenda – al punto da emanare l'illegittimo atto di sanatoria in suo favore», con la conseguenza che quest'ultima «non si può certo dolere» della condotta dell'amministrazione.

17. Sulle questioni di merito così sintetizzate deve innanzitutto premettersi che l'affidamento tutelabile in via risarcitoria **deve essere ragionevole, id est incolpevole. Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, in cui il privato abbia senza colpa confidato.** Nel caso di provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve dunque vantare una **ragionevole aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso**, la frustrazione della quale possa quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico. **La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.**

18. Nella descritta prospettiva, **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 l'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.**

19. Come infatti esposto in precedenza, la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di **correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere** ma anche la posizione del privato, con la conseguenza che tale tutela postula che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità ottenuta sia sorretta da circostanze che obiettivamente la giustifichino.

Un affidamento incolpevole non è predicabile innanzitutto nel caso estremo ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento. Altrettanto è a dirsi se l'illegittimità del provvedimento era evidente e avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario, in conformità a una regola di carattere generale, espressamente richiamata in ambito civilistico (art. 1147, comma 2, cod. civ.), secondo cui la buona fede «non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave».

20. **L'atteggiamento psicologico del beneficiario può dunque essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi, ma non anche ogniquale volta e per il solo fatto che vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto, come sembra supporre l'ordinanza di rimessione.** Non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla legittimità del provvedimento. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono pressoché sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo.

21. Va considerato al riguardo che, sebbene al privato sia riconosciuto il potere di attivare il procedimento amministrativo e di fornire in esso ogni apporto utile per la sua conclusione in senso per sé favorevole, egli lo fa all'esclusivo fine di realizzare il proprio utile. E' peraltro sempre l'amministrazione a rimanere titolare della cura dell'interesse pubblico concreto, alla cui attuazione è tenuta; se dunque l'interessato consegue il **provvedimento favorevole, è perché l'amministrazione lo ha ritenuto conforme al primario interesse pubblico.** Gli istituti partecipativi introdotti nella più

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 20 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

recente legislazione, a partire dalla legge n. 241 del 1990, e 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.

22. Nondimeno, con riguardo a **gradi della colpa inferiore a quello «grave»**, non possono nemmeno essere trascurati i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. **Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole**, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. 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 avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; **per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.**

23. **Non ha invece carattere esimente il fatto che l'amministrazione abbia con pervicacia tutelato la posizione del beneficiario dell'atto nei confronti delle iniziative del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, come ipotizza l'ordinanza di rimessione.** Come infatti esposto in precedenza, ciò che ha rilievo per configurare un affidamento incolpevole sulla legittimità dell'atto favorevole, la cui frustrazione può essere fonte di responsabilità per l'amministrazione nei confronti del destinatario, è **la riconoscibilità dell'illegittimità da parte di quest'ultimo**. Pertanto, le ulteriori iniziative adottate dall'amministrazione a difesa del proprio provvedimento lungi dall'escludere un affidamento possono semmai rafforzarlo.

24. Del pari non può essere seguita l'impostazione dell'ordinanza di rimessione che dal principio di non contraddizione inferisce la conseguenza **per cui non vi potrebbe essere un affidamento tutelabile del destinatario dell'atto**, nella sua qualità di controinteressato soccombente nel giudizio di annullamento. L'assunto sovrappone i piani, che invece in precedenza si è precisato essere distinti, della legittimità dell'atto e delle regole di validità ad esso relative, da un lato, e dall'altro lato della correttezza e buona fede del comportamento nell'esercizio del potere pubblico, con le connesse responsabilità dell'amministrazione. Per converso, va **escluso l'opposto estremismo per cui ogni atto illegittimo e annullato in sede giurisdizionale è per l'amministrazione fonte di responsabilità nei confronti sia del soggetto originariamente beneficiario, sia del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento**, con la conseguenza che l'amministrazione si troverebbe in tal caso sempre e comunque esposta alle azioni di entrambi i soggetti coinvolti nell'esercizio del potere pubblico.

25. **Non costituisce, infine, elemento costitutivo dell'affidamento il fattore temporale, che in astratto è configurabile già al momento in cui è presentata l'istanza per il rilascio del provvedimento favorevole. Il tempo trascorso dalla sua emanazione costituisce semmai fattore che fonda l'interesse oppositivo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio** e che peraltro, con le recenti modifiche all'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, da originaria regola di comportamento dell'amministrazione, espressa con carattere generale dal principio di ragionevolezza del tempo in cui viene esercitato il potere di autotutela, è stato incorporato nell'ambito delle regole di validità dell'atto, attraverso la previsione di un termine massimo, ora fissato in dodici mesi.

26. Può in conclusione affermarsi il seguente principio di diritto: «la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, **poi annullato in sede giurisdizionale**, postula che sia insorto un

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 21 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento».

27. Tutto ciò precisato in termini generali, nel caso di specie deve sottolinearsi –e di ciò dovrà tener conto la sezione remittente- che la domanda risarcitoria per lesione dell'affidamento sulla legittimità del provvedimento amministrativo è stata proposta non già dal destinatario di quest'ultimo, ma dalla sua avente causa.

La ricorrente signora Bacchilega non ha partecipato al procedimento di adozione della variante urbanistica che ha reso edificabile l'area poi da essa acquistata. Al momento dell'acquisto del terreno la medesima ricorrente poteva dunque confidare sulla destinazione impressa da tale variante, salvo che, in punto di fatto, non risulti accertato, che la stessa potesse essere a conoscenza dei profili di illegittimità della variante che hanno poi portato al suo annullamento; circostanza questa su cui non si traggono elementi nell'ordinanza di rimessione. Sotto il profilo finora evidenziato, ed in relazione ai danni dedotti nel presente giudizio, sembrerebbero dunque profilarsi tutti gli elementi idonei a ritenere che, attraverso l'esercizio della potestà di pianificazione urbanistica da parte del Comune, possa essersi ingenerata nella ricorrente la ragionevole convinzione sulla destinazione edificatoria dell'area e che perciò fosse equo il prezzo di acquisto come area edificabile anziché come terreno agricolo. Della differenza tra i due valori l'amministrazione comunale può dunque essere ritenuta responsabile, al pari del venditore, secondo gli ordinari strumenti di tutela civilistica.

28. Né l'eventuale responsabilità dell'amministrazione comunale può essere esclusa dalla eventualmente concorrente responsabilità del venditore. Si può al riguardo osservare che diversi sono i titoli di responsabilità: quella dell'amministrazione si fonda sull'apparenza ingenerata al di fuori di ogni rapporto con l'acquirente, e dunque sul piano extracontrattuale; quella del venditore per il difettoso risultato traslativo riposa su un titolo contrattuale (sulla possibilità di ravvisare un concorso di diversi soggetti nel medesimo fatto illecito per diversi titoli di responsabilità si rinvia alla consolidata giurisprudenza di legittimità: Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 1987, n. 9407; I, 3 dicembre 2002, n. 17110; III, 8 gennaio 1999, n. 108; 16 dicembre 2005, n. 27713; ord. 17 gennaio 2019, n. 1070). Il concorso di cause è a sua volta fonte di responsabilità solidale, ai sensi dell'art. 2055, comma 1, cod. civ., dal che discende la facoltà di scelta del danneggiato di rivolgersi ad uno solo dei condebitori solidali, il quale, ai sensi del comma 2 della medesima disposizione, potrà poi agire in regresso nei confronti dell'altro.

In ogni caso, sarà la Sezione rimettente, cui va restituito il giudizio ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., ad accertare, alla luce delle considerazioni svolte da questa Adunanza plenaria, se e in che misura al momento dell'acquisto dell'area vi fossero circostanze escludenti un affidamento ragionevole sulla sua edificabilità, quale impressa dalla variante urbanistica poi annullata.

29. Per quanto concerne l'ulteriore posta risarcitoria data dall'inutile attività edificatoria intrapresa dalla ricorrente, e dagli oneri da questa sostenuti per la demolizione, costituisce invece profilo rilevante, in conformità alle considerazioni di carattere generale svolte sopra, verificare quando la signora Bacchilega abbia avuto conoscenza del contenzioso che ha poi portato all'annullamento della variante urbanistica e in via derivata dei titoli ad edificare rilasciati sulla base di quest'ultima. A questo riguardo nei propri scritti conclusionali la ricorrente sostiene di non avere avuto conoscenza del giudizio di annullamento prima del 2010, e dunque a circa due anni di distanza dall'acquisto dell'area, per effetto dell'estensione nei suoi confronti del contraddittorio ordinata in primo grado dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche (con ordinanza collegiale in data 27 maggio 2010, n. 338); l'originaria ricorrente aggiunge che il Comune di Numana non avrebbe fornito la prova di una conoscenza in epoca anteriore.

30. Anche sul profilo di fatto in questione la Sezione rimettente, cui è inoltre rimessa la regolamentazione delle spese di giudizio, dovrà dunque svolgere i necessari accertamenti.

P.Q.M.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 22 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, afferma il principio di diritto e le considerazioni espresse in motivazione e restituisce per il resto il giudizio alla sezione remittente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Omissis.

1.1. Segue: Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2020, n. 19.

Omissis.

FATTO

*1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe la II Sezione di questo Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento **ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato**, sulle quali ha ravvisato ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm. orientamenti contrastanti della giurisprudenza amministrativa.*

*2. Le questioni deferite sono sorte in un contenzioso promosso dalla società Immobiliare Michelangelo a r.l. contro il Comune di Pescara dopo che la **concessione edilizia da quest'ultimo rilasciata alla prima** (n. 9 del 14 gennaio 1999 e successive varianti) per la realizzazione di un nuovo fabbricato in luogo di quello preesistente, situato in viale Riviera, è stata annullata in sede giurisdizionale amministrativa su ricorso di alcuni **titolari di immobili situati nelle vicinanze** (sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo - Sezione staccata di Pescara, 9 gennaio 2006, n. 11, confermata dal Consiglio di Stato, sez. IV, con decisione dell'11 aprile 2007, n. 1672, contro la quale con sentenza del 12 maggio 2008, n. 2166, la medesima Sezione dichiarava inammissibile il successivo ricorso per revocazione). L'annullamento è stato pronunciato perché il titolo ad edificare era stato rilasciato in violazione della distanza minima dagli edifici prospicienti stabilita dall'art. 7 delle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale del Comune di Pescara, pari alla semisomma tra le altezze di questi con quello da realizzare.*

3. Nel presente giudizio, la società immobiliare ricorrente ha chiesto che il Comune di Pescara sia condannato al risarcimento dei danni conseguenti a tale annullamento, per la lesione derivatane al proprio affidamento sul fatto che l'unica distanza minima tra le costruzioni da rispettare fosse quello di 10 metri tra pareti finestrate stabilito dall'art. 9, n. 2), del decreto interministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra gli spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi, da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge n. 765 del 1967). La Immobiliare Michelangelo ha dedotto al riguardo che l'affidamento sulla necessità di rispettare quest'unico limite si fonda sulla posizione assunta dall'amministrazione comunale nel rilascio di titoli ad edificare nella stessa zona omogenea (B2), e di avere sulla base di ciò presentato il proprio progetto edilizio nel lotto di terreno dell'estensione di 1310 mq circa appositamente acquistato. La ricorrente ha sottolineato sul punto che se avesse saputo dell'ulteriore limite poi posto a fondamento dell'annullamento in sede giurisdizionale della concessione edilizia rilasciata a proprio favore avrebbe previsto un diverso posizionamento del fabbricato avente la medesima cubatura di quello per il quale è stato rilasciato il titolo ad edificare annullato, o avrebbe potuto utilizzare un lotto di terreno ulteriore adiacente, dell'estensione di circa 500 mq.

4. La domanda risarcitoria fondata sulla causa petendi così sintetizzata è stata respinta in primo grado dal Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo - Sezione staccata di Pescara, con sentenza 20 giugno 2012, n. 293, oggetto del presente appello.

5. In quest'ultimo, per resistere al quale si è costituito il Comune di Pescara, la Immobiliare Michelangelo ha contestato:

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 23 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

- la statuizione affermativa della giurisdizione amministrativa sulla presente controversia, ricondotta alla materia dell'«urbanistica e edilizia» devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 133, lett. f), cod. proc. amm.;

- la statuizione di rigetto della domanda risarcitoria, fondata sull'assenza tanto di un affidamento della società ricorrente ad ottenere il titolo ad edificare nondimeno rilasciato dal Comune di Pescara tutelabile ex art. 2043 del cod. civ., quanto di un comportamento colpevole di quest'ultimo.

6. Sui motivi d'appello della società immobiliare la Sezione rimettente ha ravvisato l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti relativi al primo motivo, così suddivisi:

- se sia ammissibile l'(auto)eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata cioè dalla parte che tale giurisdizione ha adito, e se, in caso negativo, il giudice «possa comunque affrontare la questione della giurisdizione in generale»;

- in quest'ultimo caso, «se sussista la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere una domanda del privato diretta ad ottenere la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento amministrativo – emanato dalla medesima amministrazione – favorevole all'interessato e, in particolare, di un titolo edilizio esplicito o implicito».

7. Nel merito della domanda risarcitoria, oggetto del secondo motivo d'appello, sono state deferite le ulteriori questioni se ed in che misura in una fattispecie avente le caratteristiche sopra descritte il privato possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo poi annullato.

DIRITTO

1. Sulla prima questione deferita, concernente l'ammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente soccombente in primo grado, va confermato l'orientamento secondo cui essa è inammissibile, come affermato in modo ormai incontrastato sia dalla giurisprudenza amministrativa (tra le altre: Cons. Stato, Ad. plen., ord. 28 luglio 2017, n. 4; II, 18 giugno 2021, n. 4740, 6 maggio 2021, n. 3543, 8 marzo 2021, n. 1909, 24 dicembre 2020, n. 8330, 2 dicembre 2020, n. 7628, 20 dicembre 2019, n. 8630, 14 novembre 2019, n. 7811, 31 maggio 2019, n. 3654; III, 17 maggio 2021, n. 3822, 31 maggio 2018, n. 3272, 1° dicembre 2016, n. 5047, 26 ottobre 2016, n. 4501, 13 aprile 2015, n. 1855, 7 aprile 2014, n. 1630; IV, 24 luglio 2019, n. 5231, 22 maggio 2017, n. 2367, 21 dicembre 2013, n. 5403; V, 15 marzo 2021, n. 2164, 7 gennaio 2020, n. 75, 6 dicembre 2019, n. 8345, 19 settembre 2019, n. 6247, 28 maggio 2019, n. 3500, 13 agosto 2018, n. 4934, 27 marzo 2015, n. 1605, 7 febbraio 2012, n. 656; VI, 5 gennaio 2021, n. 151, 8 aprile 2015, n. 1778, 8 febbraio 2013, n. 703), sia dalla Corte di Cassazione (Cass., SS.UU., 20 ottobre 2016, n. 21260; seguita poi dalle sentenze 19 gennaio 2017, n. 1907, 25 maggio 2018, n. 13192, e 24 settembre 2018, n. 22439).

2. L'inammissibilità ha un duplice fondamento.

Presso questo Consiglio di Stato era prevalsa la tesi dell'abuso del processo e dalla violazione del dovere di cooperazione per la ragionevole durata del processo sancita dall'art. 2, comma 2, cod. proc. amm., tratta dall'ondivago e strumentale comportamento del ricorrente consistente nel contestare in appello la giurisdizione da lui stesso adita dopo l'esito sfavorevole del giudizio di primo grado, e dunque secundum eventum litis. La Corte di cassazione, nei suoi più recenti arresti, ha sottolineato il profilo di inammissibilità per difetto del requisito della soccombenza in primo grado sulla questione di giurisdizione, implicitamente risolta a favore dello stesso ricorrente; dal che ha fatto discendere l'assenza di un interesse ad appellare il capo autonomo di decisione concernente la questione pregiudiziale.

3. Dopo avere ripercorso l'evoluzione giurisprudenziale ora richiamata, la sopra citata ordinanza di questa Adunanza plenaria del 28 luglio 2017, n. 4, ha «riconferma(to) le conclusioni cui erano pervenute le sezioni semplici, pur con le puntualizzazioni della Corte di cassazione» ed affermato «ai sensi dell'art. 99, quinto comma, del codice del processo amministrativo il seguente principio di diritto: “la parte risultata vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo sul capo di domanda

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 24 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo”». Al principio di diritto già affermato in sede nomofilattica va quindi data continuità.

4. Si può aggiungere che il duplice fondamento dell'inammissibilità della questione di giurisdizione proposta in appello mediante (auto)eccezione del ricorrente soccombente in primo grado, trova ulteriore base giuridica nell'esistenza di un rimedio tipico per dirimere in via definitiva ed imm modificabile i dubbi sulla giurisdizione, e cioè il regolamento preventivo di giurisdizione davanti alle Sezioni unite della Cassazione, ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ., che, secondo la giurisprudenza di quest'ultima, può essere proposto anche dall'attore a fronte dell'altrui contestazione (in questo senso, di recente: Cass., SS.UU., ord. 22 aprile 2021 n. 10742; 5 novembre 2019, n. 28331; 13 giugno 2017, n. 14653). Il mancato utilizzo dello strumento processuale appositamente previsto per risolvere la questione pregiudiziale di giurisdizione prima che la causa «sia decisa nel merito in primo grado» (così l'art. 41, comma 1, cod. proc. civ.) rende pertanto palese la strumentalità della sua riproposizione in appello da parte di colui che avrebbe potuto farlo già in primo grado e che su tale questione non abbia nondimeno riportato alcuna soccombenza.

5. L'ordinanza di rimessione si domanda nondimeno se la questione di giurisdizione possa essere affrontata «anche in caso di una declaratoria d'inammissibilità».

In linea di principio la risposta è negativa, dal momento che l'art. 276, comma 2, cod. proc. civ., richiamato dall'art. 76, comma 4, cod. proc. amm., prevede che il collegio giudicante «decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa». L'avverbio di modo «gradatamente» richiama l'ordine logico-giuridico secondo cui le questioni sono poste, tale per cui, una volta definita una questione avente carattere risolutivo del giudizio, il collegio è spogliato del potere di decidere. La motivazione della sentenza dovrebbe quindi costituire l'espressione del giudizio formulato in camera di consiglio secondo le modalità indicate dalle disposizioni processuali sopra richiamate. Nondimeno la prassi, formatasi in assenza di divieti sul punto, registra motivazioni di sentenze che, pur definendo questioni pregiudiziali risolutive, scendono anche nell'esame del merito, quando vi sia convergenza rispetto alla decisione assunta sulla questione pregiudiziale, e dunque in funzione rafforzativa di quest'ultima.

6. Peraltro, l'inammissibilità non sarebbe certamente d'ostacolo ad esaminare la questione nella presente sede nomofilattica, che il codice del processo amministrativo ha rafforzato con l'art. 99, comma 5, il quale prevede che l'Adunanza plenaria se reputa la questione «di particolare importanza (...) può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge». Nel caso di specie non induce tuttavia all'applicazione della disposizione in questione il fatto che la stessa questione di giurisdizione è posta alla decisione dell'Adunanza plenaria nel ricorso in appello iscritto al n. di r.g. 4605 del 2020, in forza dell'ordinanza di rimessione della IV Sezione in data 11 maggio 2021, n. 3701, assunta in decisione alla medesima udienza del 14 luglio 2021 in cui è passata in decisione anche la presente controversia.

7. Possono quindi essere esaminate le **questioni di merito deferite dall'ordinanza**, relative alla possibilità di configurare un «legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo annullato» in sede giurisdizionale che il suo destinatario possa azionare mediante una domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione che ha emanato l'atto e, «in caso positivo», a quali condizioni ed entro quali limiti un simile affidamento può essere riconosciuto un risarcimento del danno «per lesione dell'affidamento incolpevole».

8. Con riguardo al **primo ordine di questioni, relative all'an, la risposta è affermativa.**

9. L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza di questa Adunanza plenaria come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno. L'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza del 5 settembre 2005, n. 6, in un caso in cui l'impresa aggiudicataria di una procedura di affidamento di un appalto pubblico aveva chiesto la condanna al risarcimento dei danni nei confronti dell'amministrazione che aveva

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 25 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

legittimamente revocato la gara. Sul presupposto che, nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica, quest'ultima è anche soggetta alle «norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune», e malgrado la legittimità dell'intervento in autotutela, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto il risarcimento per la lesione dell'affidamento maturato dall'aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento definitivo. Negli stessi termini l'Adunanza plenaria si è più di recente espressa con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5.

10. Secondo i principi formulati nei precedenti ora richiamati le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi.

11. Più di recente la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, con affermazione di carattere generale, ha statuito che l'affidamento «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività» (Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Pur sorto nei rapporti di diritto civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata (e di cui sono applicazioni concrete, tra le altre, la "regola possesso vale titolo" ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ.), l'affidamento è ormai considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo.

12. A conferma della descritta evoluzione si pone l'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che: «(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» [comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»]. La disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo - forma tipica di esercizio della funzione amministrativa - è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento.

13. A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto 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. Inoltre la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, come nella fattispecie decisa dall'Adunanza plenaria nelle sopra menzionate sentenze del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5, ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Anche in questa seconda ipotesi può infatti configurarsi per il soggetto beneficiario dell'atto per sé

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 26 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

favorevole un'aspettativa alla stabilità del bene della vita con esso acquisito e che dunque può essere lesa dalla sua perdita conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale.

14. Sulla base di tutto quanto finora considerato può dunque essere affermato il seguente principio di diritto: «nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti all'esercizio del pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi».

15. Con riguardo all'ulteriore questione deferita nella presente sede nomofilattica, concernente i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, deve innanzitutto premettersi che l'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, id est incolpevole. Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, e in cui il privato abbia senza colpa confidato. Nel caso di provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve dunque vantare una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale può quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico. La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.

16. Nella descritta prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione, e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile, rileva sotto il 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. Sulla base di questa presunzione, per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la colpa dell'amministrazione è invece un elemento che ha rilievo nella misura in cui rende manifesta l'illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, e consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole.

17. Come infatti esposto in precedenza, la tutela di tale situazione soggettiva si fonda sui principi di corretta e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere e che dunque postulano che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità si sia ottenuta in circostanze che obiettivamente la giustifichino. Secondo una regola di carattere generale in ambito civile la buona fede «non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave» (art. 1147, comma 2, cod. civ.), per cui un affidamento incolpevole non è pertanto predicabile innanzitutto nel caso estremo ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento. In conformità alla regola civilistica ora richiamata altrettanto è a dirsi se l'illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario.

18. L'atteggiamento psicologico di quest'ultimo può dunque essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi e non già ogniqualvolta vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto, come suppone l'ordinanza di rimessione. Non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla sua legittimità. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo.

19. Va infatti considerato al riguardo che, sebbene al privato sia riconosciuto il potere di attivare il procedimento amministrativo e di fornire in esso ogni apporto utile per la sua conclusione in senso

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 27 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

per sé favorevole, egli lo fa all'esclusivo fine di realizzare il proprio utile. E' invece sempre l'amministrazione che rimane titolare della cura dell'interesse pubblico e che dunque è tenuta a darvi piena attuazione, se del caso sacrificando l'interesse privato; pertanto, se quest'ultimo trova soddisfazione è perché esso è ritenuto conforme alla norma e all'interesse pubblico primario dalla stessa tutelato. Malgrado gli istituti partecipativi introdotti con la sopra citata legge n. 241 del 1990, e la recente positivizzazione dei doveri di collaborazione e buona fede, il potere amministrativo mantiene infatti la sua tipica connotazione di unilateralità, che si correla alle sovraordinate esigenze di attuazione dei fini di interesse pubblico stabiliti dalla legge, di cui l'amministrazione è responsabile.

20. Nondimeno, con riguardo a gradi della colpa inferiore a quello «grave», non possono nemmeno essere trascurati i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. 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 lui avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso, porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

21. In conclusione, sulle ulteriori questioni deferite in sede nomofilattica può essere affermato il seguente principio di diritto: «la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento».

22. Tutto ciò precisato, nel caso di specie il risarcimento dei danni per lesione da affidamento sul provvedimento favorevole poi annullato è domandato dalla Immobiliare Michelangelo sulla base del rilievo che il Comune di Pescara aveva rilasciato a suo favore diversi titoli a costruire nella stessa zona omogenea di piano regolatore generale nel solo rispetto della distanza minima tra costruzioni stabilita nel decreto del 2 aprile 1968, n. 1444, e non anche in quella prevista dalle norme tecniche di attuazione di piano. Alla statuizione di rigetto della domanda in primo grado, fondata sul fatto che nessuna colpa dell'amministrazione è ravvisabile per l'annullamento della concessione edilizia ciò nondimeno rilasciata, poiché il comportamento di quest'ultima «corrisponde alla convinzione della ditta di aver diritto ad ottenere la concessione edilizia», la società odierna appellante oppone l'assunto per cui compete in via esclusiva all'amministrazione interpretare ed applicare la normativa urbanistica ed edilizia applicabile. A fronte di ciò il privato richiedente il titolo a costruire «deve poter confidare che l'interpretazione della norma da parte dell'autorità preposta a tale compito non costituisca un inganno», per cui, in caso di errata interpretazione e conseguente illegittimità del provvedimento emesso, l'amministrazione è tenuta a risarcire il privato.

Nei propri scritti conclusionali la Immobiliare Michelangelo ha aggiunto, anche a confutazione delle tesi espresse dalla IV Sezione di questo Consiglio di Stato, con la sopra citata ordinanza di rimessione ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. dell'11 maggio 2021, n. 3701, che il rischio correlato all'esecuzione del provvedimento favorevole, e nello specifico di un titolo ad edificare, non può sempre essere assunto dal privato «in base ad un malinteso principio di autoresponsabilità». Secondo l'appellante, ad eccezione del caso in cui il privato «abbia proposto istanze infedeli», il rischio va invece posto a carico dell'amministrazione, nella sua qualità di «operatore qualificato»

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 28 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

preposto all'interpretazione ed applicazione delle norme attributive del pubblico potere e responsabile dell'attuazione degli scopi di interesse pubblico stabiliti dalla legge.

23. Sulla prospettazione così sintetizzata la Sezione rimettente, cui il presente giudizio va restituito ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm. secondo i principi di diritto sopra affermati, dovrà valutare se da essa emerga un affidamento dell'appellante sulla legittimità della concessione edilizia richiesta ed ottenuta, o piuttosto una pretesa a che l'amministrazione applichi correttamente le regole urbanistico-edilizie vigenti, anche a costo di respingere l'istanza di rilascio di un titolo ad edificare. Dovrà quindi essere verificato se a fondamento della domanda risarcitoria non sia stata dedotta un'aspettativa alla legittimità dell'azione amministrativa, indistinguibile da quella del *quivis de populo*; da questa, se non consegue con carattere di automatismo un rischio a carico del privato che abbia attivato il potere, nemmeno può per converso predicarsi con altrettanto automatismo un diritto al risarcimento del danno a favore di quest'ultimo, se non nei casi in cui sia allegata e dimostrata una convinzione non inficiata da colpa sulla legittimità dell'iniziativa intrapresa e del provvedimento favorevole ottenuto.

24. Sugli aspetti ora esaminati la Sezione rimettente, alla quale è rimessa anche la regolamentazione delle spese di giudizio, dovrà dunque svolgere i necessari accertamenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, enuncia i principi di cui in motivazione e per il resto restituisce il giudizio alla Sezione rimettente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Omissis.

Nota. Per gli orientamenti seguiti dalle sentenze della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586 e Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236) si rinvia al Manuale.

2. Orientamento che riconosce la giurisdizione del giudice ordinario per la esistenza di una situazione giuridica di "affidamento": **Corte Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.**

Nota. In questa pronuncia, le Sezioni unite intendono dare continuità ai principi affermati da Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236.

Omissis.

28. Nella ordinanza n. 8236 del 2020 è stato osservato che nelle predette ordinanze del 2011 (i cui principi erano stati ribaditi nelle decisioni delle Sezioni unite nn. 16586/2015, 12799/2017, 15640/2017, 1654/2018, 4996/2018, 22435/2018, 32365/2018, 4889/2019 e 12635/2019) l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario sulle domande risarcitorie poggiava sul rilievo che esse avevano ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo pretensivo, bensì di un diritto soggettivo, generalmente qualificato come "diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio" leso dalle scelte compiute confidando nella legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato.

29. Principi che, pur con alcune puntualizzazioni (infra, pp. Dal n. 41 al n. 43 di questa sentenza), sono stati ribaditi in confronto attento e puntuale con le pronunce di segno opposto delle Sezioni unite nn. 8057/2016, 13454/2017 e 13194/2018, in cui risulta, invece, affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda risarcitoria per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità dell'atto amministrativo poi annullato. Affermazione questa che muove dal duplice rilievo che ciò che veniva in discussione era l'agire provvedimentale nel suo complesso e che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si giustifica in ragione del contesto, o dell'ambiente, di stampo pubblicistico, nel quale la complessiva condotta dell'amministrazione si colloca e che connette tale condotta con l'esercizio del potere.

30. L'adesione all'orientamento espresso nelle sopra richiamate ordinanze del 2011 e nelle successive decisioni conformi è stata spiegata, tra l'altro, rilevando che nel caso in cui, secondo la

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 29 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

domanda dell'attore, il comportamento della pubblica amministrazione abbia leso l'affidamento del privato, perché non conforme ai canoni di correttezza e buona fede, non sussiste alcun collegamento nemmeno mediato tra il comportamento dell'amministrazione e l'esercizio del potere.

31. Ed è stato osservato che il comportamento dell'amministrazione rilevante ai fini dell'affidamento del privato "si pone – e va valutato – su un piano diverso rispetto a quello della scansione degli atti procedurali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere. Detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione e il privato, nel cui ambito un atto provvedimentale di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto (come nel caso oggetto del presente giudizio) o addirittura essere legittimo, così da risultare «un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico (così C.d.S. n. 5/2018, già citata § 33)»".

32. È stato anche precisato che i principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 valgono non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche, e a maggior ragione, nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell'amministrazione.

33. Tanto sulla scorta della considerazione che in questo caso l'amministrazione non ha realizzato alcun atto di esercizio del potere amministrativo e il rapporto tra la stessa ed il privato si gioca interamente sul piano del comportamento ("dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato"), non esistendo, appunto, alcun provvedimento amministrativo a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo.

34. L'ordinanza n. 8236 del 2020 ha infine affermato, con attenta analisi delle disposizioni contenute negli artt. 7 e 30, comma 2, del c.p.a. di cui al d.lgs. n. 104 del 2010, che i principi affermati nelle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, rese con riferimento alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 80 del 1998 (che regola ratione temporis anche la vicenda oggi sottoposta all'attenzione di questo Collegio, che si colloca in epoca antecedente alla entrata in vigore del c.p.a. di cui al d.lgs. n. 104 del 2010) non hanno perso di attualità a causa dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010.

35. Il Collegio ritiene di dare continuità ai principi affermati nella ordinanza n. 8236 del 2020 sopra richiamata, perché condivide tutte le ragioni esposte, da intendersi qui richiamate ex art. 118 disp. att. c.p.c., non contrastate dai controricorrenti.

36. Tutte le argomentazioni motivazionali costituiscono, infatti, lo sviluppo di principi della giurisprudenza di questa Corte e di quella amministrativa (C.d.S., Ad. plen., n. 5 del 2018) in materia di riparto della giurisdizione e sono saldamente ancorate all'art. 103, comma 1, Cost. e ai principi affermati dalla Corte costituzionale, la quale ha radicato la giurisdizione anche esclusiva del giudice amministrativo nell'avvenuto esercizio da parte della pubblica amministrazione di poteri amministrativi che si siano estrinsecati in atti unilaterali autoritativi, o in atti consensuali sostitutivi o integrativi del potere autoritativo (C. cost. n. 204 del 2004), ovvero nei comportamenti collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di poteri pubblici che costituiscono esecuzione di atti [o] provvedimenti amministrativi e sono riconducibili all'esercizio del potere dell'Amministrazione (C. cost. n. 191/2006) e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio (C. cost. n. 35 del 2010).

37. La ricostruzione contenuta nella ordinanza n. 8236 del 2020 poggia sul rilievo che la causa petendi della domanda non era costituita dal ritardo della P.A. nel provvedere (negativamente o positivamente), ma era fondata sulla violazione dell'affidamento ingenerato dalla amministrazione in un determinato esito, favorevole alla attrice, del procedimento e rileva che la pretesa aveva ad

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 30 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

oggetto un danno causato non da atti o provvedimenti ma dal comportamento tenuto dalla P.A. tale da ingenerare un incolpevole affidamento nel rilascio del permesso, poi deluso dal diniego finale.

38. Essa, quindi, lungi dal costituire, come invece annotato da attenta dottrina, la riedizione della teoria della prospettazione, dà applicazione al principio più volte affermato da queste Sezioni unite (cfr. supra, p. n. 15 di questa sentenza) secondo cui la giurisdizione va determinata sulla base della domanda e che, ai fini del relativo riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione compiuta dalle parti, bensì il petitum sostanziale, il quale deve essere identificato non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice quanto, piuttosto, della causa petendi, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati.

39. L'ordinanza, inoltre, tiene ben ferma la differenza tra le regole pubblicistiche e quelle privatistiche, in conformità all'orientamento giurisprudenziale espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5 del 2018 (si legga anche la più recente sentenza n. 7237 del 2020), secondo cui "nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)".

40. Chiarisce, infatti, che la lesione discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità.

41. L'ordinanza Cass., Sez. un., [n.] 8236 del 2020 ha anche affermato, come già evidenziato, che la situazione soggettiva del privato lesa dalla delusione delle aspettative generate dal comportamento della pubblica amministrazione non si identifica "nel diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio", priva in sé di autonoma consistenza perché il patrimonio di un soggetto è l'insieme di tutte le situazioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo, sicché la conservazione dell'integrità del patrimonio altro non è che la conservazione di ciascuno dei diritti e delle altre situazioni soggettive che lo compongono e si risolve in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive che fanno capo ad un soggetto.

42. Manifestando, in modo esplicito, di volere dare continuità ai principi affermati nelle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 e in quelle successive conformi, ha precisato che **la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione deve essere qualificata come responsabilità da contatto sociale, qualificato dallo status della pubblica amministrazione, soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte di legittimità dei propri atti. Ed ha spiegato che il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.), dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazioni, ma reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, in virtù degli artt. 1175 c.c. (correttezza), 1176 c.c. (diligenza) e 1337 c.c. (buona fede).**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 31 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

43. Essa, inoltre, ha ricondotto la responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato allo schema della responsabilità contrattuale, precisando che tale inquadramento non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto.

44. Il Collegio ritiene di condividere anche siffatta ricostruzione e fa proprie, condividendole, tutte le argomentazioni motivazionali che la sorreggono, da intendersi qui richiamate ex art. 118 disp. att. c.p.c., non contrastate dai controricorrenti.

45. Va osservato, in primo luogo, che la ricostruzione della responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione in termini di responsabilità da contatto sociale trova forte radicamento nell'art. 1173 c.c. che prevede che "le obbligazioni derivano da contratto o da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

46. Il Collegio osserva al riguardo che gli obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, imposti dagli artt. 1175 c.c. (correttezza), 1176 c.c. (diligenza) e 1337 c.c. (buona fede), hanno ormai assunto una funzione ed un ambito applicativo più ampi rispetto a quelli concepiti dal codice civile del 1942, e non possono essere più considerati strumentali solo alla conclusione di un contratto valido e socialmente utile, ma anche alla tutela del diritto, di derivazione costituzionale (art. 41, comma 1, Cost.), di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenze illecite derivanti da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza.

47. L'ordinanza n. 8236 del 2020, inoltre, fa leva sulla considerazione che le disposizioni contenute nella l. n. 241 del 1990 (artt. 21-quinquies, 21-nonies, 2-bis, comma 1), pur disciplinando direttamente l'azione amministrativa, la cui violazione inficia la stessa legittimità dell'atto amministrativo, nondimeno vengono in rilievo per il loro carattere sistematico, che orienta progressivamente il nostro ordinamento verso un'idea di "diritto amministrativo paritario" nei casi in cui il danno derivi non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo, ma dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui la pubblica amministrazione è tenuta a conformarsi al pari di qualunque altro soggetto.

48. E la nozione di diritto amministrativo paritario risulta ancorata all'art. 97 della Costituzione, che postula un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e di buona amministrazione e un comportamento dei pubblici poteri consapevole dell'impatto che l'azione amministrativa produce sempre sulla sfera dei cittadini e delle imprese e che per questo deve essere orientato al confronto leale e rispettoso della libertà di determinazione negoziale dei privati.

49. Infine, il riferimento operato ai principi di diritto comunitario (sono state richiamate CGUE, 3 maggio 1978, C-12/77, Topfer; 14 marzo 2013, C-545/11, Agrargenossenschaft Neuzelle; 23 gennaio 2019, C-419/17, Deza a.s.) è apprezzabile perché attribuisce alla Pubblica Amministrazione una dimensione europea, evocata in modo espresso dal legislatore interno anche nell'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001, che finalizza l'azione amministrativa alla efficienza, ponendola in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dell'Unione europea (così Cass., Sez. lav., 20 giugno 2016, n. 12678).

50. In conclusione, in continuità con il principio affermato dalla ordinanza n. 8236 del 2020, deve, quindi, ribadirsi che: **"Spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 32 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione".

51. Questi principi trovano applicazione alla fattispecie in esame perché, come già rilevato, la controversia ha ad oggetto la pretesa risarcitoria del danno che la società ricorrente ha fondato sulla avvenuta lesione dell'affidamento riposto dalla società ricorrente nel comportamento tenuto dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nella conduzione e nella gestione della procedura di mobilità, che precedette la richiesta di ammissione alla CIGS, che la ricorrente assume essersi compendiato in comportamenti difforni dai canoni di correttezza e buona fede, comportamenti questi privi di collegamento, anche solo mediato, con l'esercizio, mai attuato, del potere amministrativo correlato alla ammissione al trattamento di CIGS.

52. Pertanto, va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario e, in accoglimento del ricorso, la sentenza impugnata va cassata e le parti vanno rimesse innanzi alla Corte di Appello di Roma, in diversa composizione, che farà applicazione del principio di diritto che segue e provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità:

53. "In materia di cassa integrazione, ordinaria e straordinaria, spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa alla pretesa risarcitoria dell'imprenditore, fondata sulla lesione dell'affidamento riposto nella condotta della pubblica amministrazione, assunta come difforme dai canoni di correttezza e buona fede. La responsabilità della P.A. per il danno prodotto all'imprenditore quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione), inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il datore di lavoro abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione".

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario.

Cassa la sentenza impugnata e rimette le parti alla Corte di Appello di Roma, in diversa composizione, anche in ordine alle spese del presente giudizio.

Omissis.

Argomento 8

TRACCIA

Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

A. Schema per punti

1. Responsabilità precontrattuale nel diritto civile. 2. Responsabilità precontrattuale nel diritto amministrativo: profili comuni e differenziali.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 17, parr. 31-31.3, pagg. 1372-1383.

B. Giurisprudenza

1. Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: **Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.**

Omissis.

FATTO

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe la II Sezione di questo Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo **illegittimamente emanato e poi annullato, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata** a seguito di una pronuncia giudiziale, su cui ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm. ha ravvisato orientamenti contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

2. Le questioni deferite sono sorte in un contenzioso promosso dalla Coop.MI.RU., impresa edile-stradale, nei confronti del Comune di Carinola, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione definitiva da questo emessa a favore della prima, in associazione temporanea di imprese, della procedura di gara per l'affidamento in appalto dei lavori di recupero, restauro conservativo e rifunzionalizzazione dell'episcopio di Ventaroli, del valore di € 1.062.661,85 (di cui al bando di gara pubblicato il 14 luglio 2006, all'esito del quale l'aggiudicazione a favore della ricorrente era disposta con determinazione del 30 novembre 2006, n. 69). In esecuzione della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione definitiva, di cui alla sentenza di questo Consiglio di Stato, Sezione V, del 9 dicembre 2008, n. 6057, preceduta dalla pubblicazione del dispositivo, il Comune di Carinola ne disponeva la revoca e nello stesso senso si determinava con riguardo alla consegna in via anticipata dei lavori a favore della medesima associazione temporanea di imprese MI.RU., originaria aggiudicataria (determinazione dell'8 maggio 2008, n. 37).

3. Nel presente giudizio quest'ultima ha domandato il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'amministrazione per i danni derivanti dalla lesione del suo affidamento sorto in seguito all'aggiudicazione definitiva in suo favore dell'appalto, poi annullata in sede giurisdizionale e quindi revocata dall'amministrazione in esecuzione della pronuncia di annullamento.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 34 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

4. La domanda è stata accolta in primo grado, con sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – sede di Napoli del 3 ottobre 2012, n. 4017.

5. Nei suoi principali snodi argomentativi la sentenza:

- ha premesso che dalla revoca legittima dell'aggiudicazione può «residuare spazio per il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa», di cui l'amministrazione aggiudicatrice può rispondere ai sensi dell'art. 1337 cod. civ.;

- ha quindi accertato la colpa del Comune di Carinola che ha dato causa all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva su ricorso dell'unica altra concorrente, inizialmente esclusa a causa dell'ambigua formulazione del bando di gara;

- la colpa accertata è più precisamente consistita nell'ambigua formulazione delle clausole relative alle modalità di esecuzione del sopralluogo e di presa visione degli atti di gara, che l'amministrazione aveva inteso come richiesta per tutte le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo e non della singola mandataria, come in effetti avvenuto, in assenza tuttavia di base testuale e in violazione al principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici;

- ha pertanto ordinato ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm. al Comune di Carinola di formulare alla ricorrente ed originaria aggiudicataria Coop. MI.RU. una proposta di ristoro per le spese da questa inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto dopo la consegna in via anticipata dei lavori.

6. Il Comune di Carinola ha proposto appello, con il quale ha contestato, in via principale, di avere agito con negligenza inquadabile nella culpa in contrahendo ex art. 1337 cod. civ., e, in via subordinata, la quantificazione dei danni risarcibili in sede di condanna sui criteri ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., sopra citata.

7. Per quanto di suo interesse anche la Coop. MI.RU. ha censurato la quantificazione dei danni operata dalla sentenza di primo grado, con appello incidentale autonomo.

8. Dopo avere ritenuto «tardivo» quest'ultimo mezzo, perché notificato oltre il termine di sei mesi dal deposito della sentenza impugnata, sulle questioni poste con l'appello principale dell'amministrazione con l'ordinanza di deferimento in epigrafe la II Sezione di questo Consiglio di Stato ha ravvisato l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti ed in particolare:

- se in relazione ad un «favorevole provvedimento amministrativo annullato in sede giurisdizionale» sia possibile configurare un «legittimo e qualificato affidamento» tutelabile con un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione;

- in caso positivo, in presenza di quali condizioni ed entro quali limiti può riconoscersi al privato un diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole, con particolare riferimento all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale.

DIRITTO

1. Alla prima questione deferita, relativa alla possibilità che il provvedimento amministrativo possa essere per il soggetto beneficiario fonte di un «legittimo e qualificato affidamento», la cui lesione per effetto del successivo annullamento in sede giurisdizionale lo legittimi a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'amministrazione, deve essere data risposta affermativa.

2. L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza di questa Adunanza plenaria come **situazione giuridica soggettiva** tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno. L'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza del 5 settembre 2005, n. 6, in un caso analogo a quello oggetto di controversia nel presente giudizio, in cui l'impresa aggiudicataria di una procedura di affidamento di un appalto pubblico aveva chiesto la condanna al risarcimento dei danni nei confronti **dell'amministrazione che aveva legittimamente revocato la gara**. Sul presupposto che nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica quest'ultima è anche

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 35 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

soggetta alle «norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune», e malgrado la legittimità dell'intervento in autotutela, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto il risarcimento per la lesione dell'affidamento maturato dall'aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento definitivo. **Negli stessi termini l'Adunanza plenaria si è più di recente espressa con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5.**

3. Secondo i principi formulati nei precedenti ora richiamati, **le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti**, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, **i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità**, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi. L'«ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento» è stata in particolare affermata dalla citata pronuncia di questa **Adunanza plenaria 4 maggio 2018, n. 5, in cui si è anche precisato che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure di affidamento di contratti pubblici è una responsabilità «da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale».**

4. Più di recente la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha statuito, con affermazione di carattere generale, **che l'affidamento «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività»** (Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Pur sorto nei rapporti di diritto civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata (e di cui sono applicazioni concrete, tra le altre, la «regola possesso vale titolo» ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ.), l'affidamento è ormai considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo.

5. A conferma della descritta evoluzione si pone **l'art. 1, comma 2-bis**, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che: «(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» [comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»]. La disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola **di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.)** e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo – forma tipica di esercizio della funzione amministrativa – è il **luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo**. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita **pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo** interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi **portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata**; ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento.

6. A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto **sorgere aspettative**, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 36 perché coperti dal diritto d'autore.

procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità. Inoltre la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, come nella fattispecie decisa dall'Adunanza plenaria nelle sopra menzionate sentenze del 6 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5, ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Anche in questa seconda ipotesi può infatti darsi il caso che il soggetto beneficiario dell'atto per sé favorevole abbia maturato un'aspettativa ragionevole alla sua stabilità, che dunque può essere ingiustamente lesa per effetto dell'annullamento in sede giurisdizionale.

7. Sulla base di tutto quanto finora considerato può dunque essere affermato il seguente principio di diritto: «nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi».

8. Con riguardo all'ulteriore questione posta nella presente sede nomofilattica, concernente i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, deve in primo luogo essere precisato che questo settore dell'attività della pubblica amministrazione è quello in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima. **Le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole** al privato venutosi a creare in questo settore si spiega sulla base del fatto che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, **l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere** di «comportarsi secondo buona fede» enunciato dall'art. 1337 del codice civile (come chiarito dall'Adunanza plenaria nelle sopra citate pronunce del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5).

9. Per comune acquisizione di diritto civile, **la tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale.** La reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse **negativo**, con il quale sono rimate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 cod. civ. danno emergente – lucro cessante.

10. Applicata all'evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla **duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede**, i quali costituiscono, come in precedenza esposto, profili tra loro autonomi, e da cui può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, V, 12 luglio 2021, n. 5274; 12 aprile 2021, n. 2938; 2 febbraio 2018, n. 680).

11. **Nei rapporti di diritto civile, affinché un affidamento sia legittimo occorre tuttavia che esso sia fondato su un livello di definizione delle trattative tale per cui la conclusione del contratto, di cui sono già stati fissati gli elementi essenziali, può essere considerato come uno sbocco prevedibile, e rispetto al quale il recesso dalle trattative, in linea di principio libero, risulti invece ingiustificato sul piano oggettivo e integrante una condotta contraria al dovere di buona fede ex art. 1337 cod. civ. (ex multis: Cass. civ., II, 15 aprile 2016, n. 7545; III, 29 marzo 2007, n. 7768).**

12. Analogamente, per diffusa opinione nella giurisprudenza amministrativa (da ultimo: Cons. Stato, II, 20 novembre 2020, n. 7237), **l'affidamento è legittimo quando sia stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva**, cui non abbia poi fatto seguito la stipula del contratto, ed ancorché ciò

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 37 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

sia avvenuto nel legittimo esercizio dei poteri della stazione appaltante. **L'aggiudicazione è dunque considerato il punto di emersione dell'affidamento ragionevole**, tutelabile pertanto con il rimedio della responsabilità precontrattuale. Il recesso ingiustificato assume i connotati **provvedimentali tipici della revoca o dell'annullamento d'ufficio della gara, che interviene a vanificare l'aspettativa dell'aggiudicatario** alla stipula del contratto e che, pur legittimo, non vale quindi ad esonerare l'amministrazione da responsabilità per avere inutilmente condotto una procedura di gara fino all'atto conclusivo ed avere così ingenerato e fatto maturare il convincimento della sua positiva conclusione con la stipula del contratto d'appalto.

13. In senso **parzialmente diverso si è espressa la Cassazione civile**. Con sentenza in data 3 luglio 2014, n. 15260 (Sezione I) la Suprema Corte ha affermato che l'affidamento del concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico è **tutelabile «indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto»**; la stazione appaltante è quindi **responsabile sul piano precontrattuale «a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante»**.

14. L'apparente contrasto rispetto agli approdi della giurisprudenza amministrativa deve tuttavia essere **ridimensionato, avuto riguardo al fatto che il caso deciso dalla Cassazione riguardava il concorrente primo classificato in una procedura di gara poi annullata in sede giurisdizionale amministrativa su ricorso di un altro concorrente**. La stessa giurisprudenza amministrativa non si è del resto arroccata su rigidi apriorismi, ma **con criterio elastico – che questa Adunanza plenaria ritiene condivisibile – ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, laddove ha in particolare affermato che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto**, in ragione del fatto che «il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale» (Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

15. Nella medesima **prospettiva di un accertamento in concreto degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale** si è del resto espressa questa Adunanza plenaria nella più **volte richiamata sentenza 4 maggio 2018, n. 5**, secondo cui la responsabilità precontrattuale può insorgere **«anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede»**. Più in generale, l'Adunanza plenaria ha precisato che la tutela civilistica della responsabilità precontrattuale, pur nel quadro del principio generale dell'autonomia negoziale delle parti, ivi compresa l'amministrazione, opera nel senso di assicurare la serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto, per cui essa costituisce il punto di equilibrio: **«tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altro»**, tenuto conto che ciascun contraente assume **«un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto»** e che dunque non può confidare sempre sulla positiva conclusione delle trattative, ma solo quando queste abbiano raggiunto un grado di sviluppo tale da rendere ragionevolmente prevedibile la stipula del contratto.

16. Individuato un primo requisito dell'affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso, il secondo consiste nel **carattere colposo della condotta dell'amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa**, secondo le regole generali vevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ. (in questo senso va ancora richiamato Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

17. A sua volta non deve essere inficiato da colpa l'affidamento del concorrente. **Sul punto va richiamato l'art. 1338 cod. civ.**, il quale assoggetta a responsabilità precontrattuale la «parte che, Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 38 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte», ed in base al quale viene escluso il risarcimento se la conoscenza di una causa invalidante il contratto è comune ad entrambe le parti che conducono le trattative, poiché nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta (in questo senso, di recente: Cass. civ., III, 18 maggio 2016, n. 10156; sez. lav., ord. 31 gennaio 2020, n. 2316; sent. 5 febbraio 2016, n. 2327).

18. Il profilo in esame ha rilievo rispetto al potere di annullamento d'ufficio della procedura di gara, ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, che opera in modo distinto rispetto alla revoca ai sensi dell'art. 21-quinquies della medesima legge sul procedimento amministrativo, perché interviene non già come rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto, secondo l'ampia definizione del potere di revoca data dalla disposizione da ultimo richiamata, ma per rimuovere un vizio di legittimità degli atti della procedura di gara. Se pertanto il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi (in questo senso: Cons. Stato, V, 23 agosto 2016, n. 3674, che ha affermato al riguardo che «al fine di escludere la risarcibilità del pregiudizio patito dal privato a causa dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità dell'aggiudicazione, che il giudice deve verificare in concreto se il principio di diritto violato sia conosciuto o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione della norma di azione e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità»).

19. Peraltro, l'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale. In questo secondo caso emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. 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 avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

20. In conclusione, sulle ulteriori questioni deferite in sede nomofilattica può essere affermato il seguente principio di diritto: «nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa».

21. Ciò precisato in termini generali, nel caso controverso si verte in un caso di revoca dell'aggiudicazione adottata dall'amministrazione in esecuzione della pronuncia di annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento conclusivo. Come esposto in precedenza, l'annullamento è stato pronunciato su ricorso dell'unico altro concorrente, partecipante alla gara in raggruppamento temporaneo di imprese, inizialmente escluso dal Comune di Carinola per avere fatto svolgere dalla sola capogruppo il sopralluogo sui luoghi di esecuzione dell'appalto e la visione della documentazione di gara. L'esclusione è stata tuttavia ritenuta illegittima, tra l'altro, perché nessun obbligo in questo senso era ricavabile dal bando di gara, giudicato invece ambiguo sul punto. Su questa base la sentenza di primo grado del presente giudizio risarcitorio per

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

responsabilità precontrattuale ha considerato l'amministrazione passibile di tale addebito per l'«erronea formulazione delle regole del bando», sufficiente ad integrare una «violazione del dovere di correttezza e buona fede», fonte dell'«ingiusto sacrificio dell'affidamento ingenerato nella ricorrente quale aggiudicataria della gara annullata in via giurisdizionale».

22. Alla luce dei principi di diritto sopra affermati la Sezione rimettente, cui il presente giudizio va restituito ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., dovrà considerare che, come chiarito da questa Adunanza plenaria nella sentenza 4 maggio 2018, n. 5, **non ogni illegittimità della normativa di gara è sufficiente per fondare un addebito di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'amministrazione, dal momento che la partecipazione ad una procedura di gara non fonda per ciò sola una legittima aspettativa di aggiudicazione e di stipula del contratto, per cui va escluso al riguardo ogni automatismo.**

Inoltre, se è vero che l'aggiudicazione è il punto di emersione di un affidamento legittimo e incolpevole, è altrettanto vero che l'ambiguità della procedura di gara non ha nuociuto alla ricorrente nel presente giudizio risarcitorio Coop. MI.RU., malgrado la prospettazione a base del ricorso si fondi su tale fatto, ma casomai all'unica altra concorrente, vittoriosa poi nel giudizio di annullamento. Quale originaria aggiudicataria definitiva la medesima Coop. MI.RU. ha infatti assunto il ruolo di controinteressata nel giudizio di annullamento ed in tale qualità, oltre ad acquisire consapevolezza della caducità del provvedimento conclusivo a sé favorevole, ha inoltre potuto difendere la legittimità delle clausole del bando di gara che hanno comportato l'esclusione dell'altro concorrente.

Da ultimo, si dovrà considerare che in presenza di un ricorso per l'annullamento degli atti di gara neppure l'esecuzione anticipata dei lavori ordinata dall'amministrazione può di per sé essere sintomatica di un affidamento tutelabile sul piano precontrattuale, posto che per questa ipotesi l'ordinamento giuridico prevede un tutela di tipo indennitario, ovvero un rimborso delle spese sostenute dall'esecutore (art. 11, comma 9, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; ora art. 32, comma 8, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50). Si tratta dunque di una responsabilità dell'amministrazione per fatto lecito, logicamente incompatibile con quella da illecito extracontrattuale invece azionata nel presente giudizio, in relazione alle quali sembrano quindi profilarsi causae petendi diverse.

23. Sugli aspetti ora esaminati la Sezione rimettente, alla quale è rimessa anche la regolamentazione delle spese di giudizio, dovrà dunque svolgere i necessari accertamenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, afferma i principi di diritto indicati in motivazione e per il resto restituisce il giudizio alla Sezione rimettente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Omissis.

1.1. Segue: **Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.**

Nota. Il contenuto della sentenza è sintetizzato nel Manuale.

Omissis.