

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DEGLI
STUDI DI BRESCIA

CONVEGNO
1° dicembre 2025

su

*Il Correttivo al Codice dei contratti pubblici a un anno
dalla sua emanazione*

DOMENICO IARIA

L'AZIONE RISARCITORIA PER LESIONE DELL'AFFIDAMENTO
INCOLPEVOLE
TRA GIUDICE AMMINISTRATIVO E GIUDICE ORDINARIO

1) Affidamento legittimo e affidamento incolpevole

Prima di affrontare la tematica del risarcimento del danno per lesione dell'affidamento incolpevole occorre brevemente delineare tale situazione soggettiva.

Anzitutto occorre differenziarla da una figura affine normalmente denominata affidamento legittimo, ancorché specie la giurisprudenza amministrativa sovente tende a sovrapporle.

L'affidamento legittimo si risolve nella ponderazione della situazione ingenerata nel privato da precedenti atti amministrativi a lui favorevoli di cui emerga successivamente la illegittimità e quindi la eventuale necessità di rimozione.

In altre parole la pubblica amministrazione, nell'esercizio del potere discrezionale, deve tener conto anche dell'interesse del soggetto privato, senza che con ciò questo interesse sia destinato ad essere soddisfatto laddove l'interesse pubblico specifico contrapposto risulti per così dire maggiormente meritevole di tutela; ciò è quello che normalmente accade allorquando la pubblica amministrazione si trova ad attivare e definire un procedimento di autotutela.

Ci si muove quindi nella logica del rapporto tra potere e interesse legittimo nella quale non sembra rilevante l'elemento psicologico del privato e quindi la eventuale sua consapevolezza dell'illegittimità del provvedimento favorevole a suo tempo rilasciatogli, sempre che costui non abbia rappresentato in modo inesatto o incompleto i fatti posti alla base del provvedimento stesso e quindi non sia in uno stato di particolare malafede.

Diversa è la situazione dell'affidamento incolpevole che, secondo una felice sintesi dottrina più volte ripresa, come vedremo, dalla giurisprudenza, si compone

di tre elementi: “la fiducia, la delusione della fiducia e il danno subito a causa della fiducia mal riposta” (Trimarchi Banfi).

Si tratta di una situazione che si correla all’obbligo di buona fede e correttezza, tipico delle relazioni di diritto comune, che, se violato, prevede la tutela in forma risarcitoria. Per invocarla quindi il privato deve dimostrare sia che il comportamento complessivo, attizio oppure no, della Amministrazione, lo ha reso confidente in ordine al conseguimento o al mantenimento di un bene della vita, sia che tale suo convincimento sia incolpevole e cioè basato su una ragionevole valutazione da parte sua della liceità e legittimità della condotta tenuta dalla Amministrazione.

Pertanto il cittadino che sa o che con l’ordinaria diligenza dovrebbe sapere che un certo comportamento della Amministrazione a lui favorevole è contrario alle norme versa in una situazione di colpevolezza e conseguentemente non può basare su tale comportamento della controparte pubblica un affidamento meritevole di tutela risarcitoria.

Tali affini ma distinte tipologie di affidamento vengono principalmente in considerazione nel caso dell’annullamento d’ufficio del provvedimento illegittimo ampliativo della sfera giuridica del soggetto privato e nel caso dell’emersione di contatti nel corso di un procedimento poi non definito.

Nel primo caso possono emergere entrambe le categorie di affidamento dato che vi sono sia l’esigenza di tutelare nell’ambito del procedimento amministrativo l’aspettativa del privato al mantenimento della situazione di vantaggio generata dal provvedimento favorevole, sia la tutela risarcitoria derivante dalla lesione della fiducia nella coerenza dell’attività dell’amministrazione.

Viceversa nel secondo caso, mancando un provvedimento finale costitutivo di una situazione di vantaggio per il privato pare configurabile solo l’affidamento incolpevole di diritto comune basato sull’obbligo di correttezza violato dalla pubblica amministrazione.

Nel primo caso stante la duplicità di effetti derivanti dal provvedimento vi è quindi il rischio che la pubblica amministrazione sia condannata a pagare un duplice risarcimento. Infatti, se l’atto illegittimo ampliativo della sfera giuridica soggettiva del destinatario risulta contestualmente restrittivo di quella di un altro soggetto privato, quest’ultimo potrebbe, una volta ottenuto il suo annullamento, chiedere al Giudice amministrativo il risarcimento del danno subito per la lesione del suo interesse legittimo ma tale esito potrebbe configurare in capo al destinatario del provvedimento favorevole annullato una situazione di affidamento incolpevole meritevole di risarcimento, da richiedere però a quale Giudice?

Fatta questa generalissima premessa, si può passare ad esaminare come la giurisprudenza abbia affrontato il tema e anzitutto a rispondere all'interrogativo da ultimo posto.

2) La prima giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione

Come è noto, la giurisdizione generale di legittimità del Giudice Amministrativo si estende, ai sensi dell'art. 30 c.p.a., alle azioni di condanna per risarcimento danni conseguenti all'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa o al mancato esercizio di quella obbligatoria e cioè alla lesione di interessi legittimi.

Occorre quindi stabilire laddove l'asserito danno non derivi dall'adozione di un provvedimento amministrativo illegittimo quale sia il Giudice provvisto di giurisdizione.

Trattandosi di questione "sui massimi sistemi", di essa si è a lungo interessata e continua ad interessarsi la dottrina civilistica e amministrativistica nonché da oltre vent'anni la giurisprudenza con esiti assai diversificati, come risulterà dalla esposizione seguente.

Su questo tipo di responsabilità vi è stata una prima presa di posizione da parte del Consiglio di Stato che, in Adunanza Plenaria, con la sentenza 5 settembre 2005 n. 6, ha ritenuto meritevole di essere risarcito il danno patito dall'impresa che abbia confidato sulla legittimità e stabilità dell'aggiudicazione a proprio favore di un contratto poi legittimamente annullata o revocata dalla stazione appaltante, essendo tenuta questa, oltre che al rispetto delle regole pubblicistiche, anche all'osservanza degli obblighi di correttezza; il tutto in una prospettiva di responsabilità precontrattuale e di correlata protezione del diritto soggettivo azionabile innanzi al Giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva al tempo prevista in materia di affidamento dei contratti dall'art. 6 della legge n.205/2000.

A tale pronuncia il Giudice amministrativo non ha dato particolare seguito.

Sul tema sono quindi intervenute qualche anno dopo, nel 2011, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno ritenuto rientrante nella giurisdizione del Giudice ordinario: a) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie, una concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela (n. **6594/2011**); b) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta da un privato per valutare la convenienza di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata (n. **6595/11**); c) la controversia avente ad oggetto la

domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione (definitiva) in una gara per l'appalto di un pubblico servizio, successivamente annullata dal Giudice amministrativo, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo (n. 6596/11).

In queste tre basilari ordinanze la Cassazione è partita dalla considerazione che l'art. 103 Cost., laddove prevede la giurisdizione esclusiva «*in particolari materie indicate dalla legge*», va inteso nel senso, più volte precisato dalla Corte Costituzionale, che i criteri che legittimano tale giurisdizione in riferimento specifico alle materie prescelte dal legislatore sono ancorati all'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (C. Cost. n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004).

Di conseguenza, la giurisdizione amministrativa può riguardare fattispecie che vedano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse, dato che, per un verso, il legislatore può assegnare al Giudice amministrativo la cognizione non di «blocchi di materie» ma solo materie determinate e che, per altro verso, l'amministrazione deve agire, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio (C. Cost. n. 35 del 2010).

Sulla base di tale perimetrazione della giurisdizione amministrativa, la Cassazione ha rilevato che i privati che avevano instaurato i tre giudizi di cui sopra non mettevano in discussione la legittimità degli atti amministrativi, ampliativi della loro sfera giuridica, annullati poi in via di autotutela o *ope judicis*, ma lamentavano la lesione del loro maturato affidamento sulla legittimità degli atti annullati e chiedevano il risarcimento dei danni da loro subiti per aver orientato le proprie scelte negoziali o imprenditoriali confidando, fino all'intervenuto annullamento di tali atti, nella loro legittimità. L'interesse ad ottenere il risarcimento era quindi derivato non dall'emanazione di un provvedimento - che, anzi era stato favorevole per la stessa parte che agiva in giudizio - ma dall'affidamento da esso ingenerato prima del successivo suo annullamento.

3) L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione

Il passaggio evolutivo successivo della Cassazione è rappresentato dalla ordinanza n. 8236 del 28/04/2020, secondo la quale, in estrema sintesi, «*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 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 provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione» (v. anche successivamente Sez. Un., n. 12428 del 11/05/2021).

4) La reazione della Giustizia Amministrativa

Tale indirizzo interpretativo ha suscitato la reazione dei Giudici Amministrativi che si sono considerati “scippati” di un ambito di giurisdizione che peraltro fino ad allora non avevano certo coltivato, se non respingendo pressoché sempre le domande risarcitorie proposte dai cittadini e dagli operatori economici, ovviamente assai di rado proposte conoscendo la ritrosia di tali Giudici ad accoglierle.

Tale reazione si è concretizzata l’anno successivo in una serie di tre pronunce dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ed in particolare nella sentenza **n. 20 del 29 novembre 2021** nella quale si legge quanto segue:

“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 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 al 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 giuridica 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 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 beneficiato 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 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, ovvero sia 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 affiora pur sempre all'esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento

tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta "qualificata" dall'inerenza al pubblico potere. 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 dei 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, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i «comportamenti riconducibili anche mediatamente 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.».

La giurisdizione del Giudice Amministrativo su tale tipologia di contenzioso è

stata ribadita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle due coeve sentenze n. 19 e n. 21 del 2021.

5) La risposta della Corte di Cassazione

Il braccio di ferro fra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione è quindi proseguito.

Onde contenere le dimensioni del presente scritto, mi limiterò quindi a riportare quei passi delle pronunce della Suprema Corte, successive al 2021, recanti per così dire le controdeduzioni alla su riportata sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

In una delle sue più motivate sentenze sul tema la Cassazione ha ulteriormente argomentato come segue.

“9. La controversia in esame - avente ad oggetto, come accennato nel precedente paragrafo 4 - la domanda di risarcimento dei danni asseritamente causati dall'esecuzione di opere realizzate in base ad un permesso di costruire giudizialmente annullato – è perfettamente sovrapponibile a quella decisa da queste Sezioni Unite con l'ordinanza SSUU n. 6595 del 23 marzo 2011, con la quale si affermò la giurisdizione del Giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nella legittimità di una concessione edilizia poi annullata dal Giudice amministrativo.(...)”

12. I principi espressi nelle tre menzionate ordinanze del 23 marzo 2011 hanno trovato ampio seguito - con qualche minoritario dissenso (ord. n. 8057/2016, sent. n. 13454/2017) – nella giurisprudenza del secondo decennio del secolo delle Sezioni Unite di questa Corte; si vedano le pronunce nn. 17586/2015, 2799/2017, 15640/2017, 19171/2017, 1654/2018, 4996/2018, 22435/2018, 32365/2018, 4889/2019, 6885/2019 e 12635/2019, nelle quali ricorre l'affermazione che la controversia relativa ai danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, legittimamente annullato, rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario perché ha ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo pretensivo, bensì di un diritto soggettivo.

13. Il tema ha formato oggetto di una esplicita rimeditazione nella ordinanza di questa Corte n. 8236/2020. Tale ordinanza concerne una questione parzialmente diversa da quella trattata nelle ordinanze del 2011, ossia quella dell'affidamento ingenerato non da un provvedimento ampliativo della sfera del privato, ma dal comportamento tenuto dall'amministrazione nella conduzione del procedimento amministrativo conclusosi senza l'emanazione del richiesto provvedimento

ampliativo. Nelle premesse argomentative dell'ordinanza n. 8236/2020, tuttavia, le Sezioni Unite hanno ritenuto «necessario tornare sulle ragioni che stanno alla base dell'orientamento inaugurato dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011» (§ 22).

14. Nell'ordinanza n. 8236/2020, in particolare, si sottolinea che «Il rilievo, pur di per sé certamente condivisibile, che l'interesse legittimo consiste nella pretesa ad un provvedimento favorevole che derivi dall'attività legittima dell'amministrazione non significa, tuttavia, che il danno lamentato dal privato che abbia ottenuto un determinato bene della vita mediante un provvedimento amministrativo illegittimo, successivamente annullato, sia stato causato dall'atto favorevole illegittimo; quest'ultimo, in quanto favorevole, non ha prodotto alcun danno al suo destinatario, ancorché illegittimo. La fattispecie causativa del danno non consiste, pertanto, nella lesione dell'interesse legittimo del destinatario del provvedimento, bensì nella lesione dell'affidamento che costui ha riposto nella legittimità del provvedimento che gli ha attribuito il bene della vita» (§ 26).

15. Ancora, nell'ordinanza n. 8236/2020 si argomenta che: «Non appare dunque persuasivo l'argomento, sostenuto da una parte della dottrina, che - poiché il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico - la lesione che esso arreca dovrebbe essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del Giudice amministrativo; tale argomento, infatti, trascura la considerazione ... che la lesione di cui si discute non è causata dal provvedimento favorevole (illegittimo - e, perciò, giustamente annullato - ma non dannoso per il suo destinatario), bensì dalla fattispecie complessa costituita dall'emanazione dell'atto favorevole illegittimo, dall'incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità e dal successivo (legittimo) annullamento dell'atto stesso. La lesione, cioè, 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» (§26.1).

16. Infine, nell'ordinanza n. 8236/2020 si illustrano le ragioni che hanno indotto la Corte a ritenere che i principi fissati nelle tre ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, rese con riferimento alla disciplina dettata dal d.lgs, n. 80 del 1998, non avessero perso attualità a causa dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 104 del 2010.

17. In particolare, quanto al disposto dell'articolo 7, primo comma, c.p.a., nell'ordinanza n. 8236/2020 si evidenzia come tale disposizione postuli che sia

comunque in questione «l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo» o comportamenti «riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere». Nel caso in cui - secondo la prospettazione 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. Il comportamento dell'amministrazione rilevante ai fini dell'affidamento del privato, infatti, si pone - e va valutato - su un piano diverso rispetto da quello della scansione degli atti procedurali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo. Detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto provvedimento di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto ... o, addirittura, essere legittimo» (§ 27.1).

18. Quanto al disposto dell'articolo 30, secondo comma, c.p.a., nell'ordinanza n. 8236/2020 si sottolinea che «anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, la giurisdizione amministrativa su diritti presuppone che questi ultimi risultino coinvolti nell'esplicazione della funzione pubblica, esercitata mediante provvedimenti o mediante accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento» e si evidenzia che, perché sussista la giurisdizione del Giudice amministrativo, in definitiva, «è necessario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione. È necessario, cioè, che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo. Ciò non accade quando la causa del danno di cui il privato chiede il risarcimento risieda non nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì ... in un comportamento (nel cui ambito l'atto di esercizio del potere amministrativo - provvedimento o adottato secondo moduli convenzionali - rileva come mero fatto storico) la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato (o non è stato) esercitato e venga prospettata come violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato» (§ 27.2).

19. La giurisprudenza di queste Sezioni Unite successiva all'ordinanza n. 8236/2020 ha ulteriormente dato seguito alle ordinanze del 23 marzo 2011; in conformità ai principi ivi fissati, infatti, si sono espresse le pronunce nn. 28979/2020, 12428/2021, 14231/2021, 14324/2021, 21768/2021 (a contrariis) e 13595 del 2022.

20. L'orientamento fin qui tratteggiato è stato criticato da parte della dottrina sul rilievo che, quando la lesione consegua al cattivo esercizio di un'attività provvedimento, cioè al cattivo esercizio dei poteri attribuiti dalla legge

all'amministrazione per curare gli interessi cui la stessa è preposta, risulterebbe artificioso distinguere tra responsabilità da comportamento e responsabilità da provvedimento. Si è cioè sostenuto che la lesione dell'affidamento causata da una attività provvedimentale estrinsecatasi in un provvedimento amministrativo poi caducato perché illegittimo sarebbe pur sempre una lesione causata dal cattivo esercizio del potere amministrativo; cosicché la situazione soggettiva lesa da tale cattivo esercizio non potrebbe che essere quella stessa situazione che fronteggia il potere, vale a dire l'interesse legittimo. Si è altresì sostenuto che l'orientamento espresso da queste Sezioni Unite nelle ordinanze del 2011 e nella giurisprudenza che alle stesse ha dato seguito incorrerebbe in un salto logico, perché scinderebbe il comportamento dell'amministrazione dal potere dalla stessa esercitato e, in definitiva, introdurrebbe un criterio di riparto della giurisdizione, fondato sulla natura delle regole violate - di correttezza o di legittimità - incompatibile con l'art. 103 Cost. e con il principio di concentrazione delle tutele.

21. Le riflessioni dottrinali sopra sintetizzate hanno trovato ampia eco nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 20 del 29 novembre 2021, che, in esplicito dissenso con l'orientamento di questa Corte sopra richiamato, ha affermato che compete al Giudice amministrativo la giurisdizione sulla domanda di risarcimento dei danni subiti per avere confidato in buona fede nella legittimità di un permesso di costruire poi annullato in sede giurisdizionale, affermando il seguente principio di diritto: «E' 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, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i "comportamenti riconducibili anche mediatamente 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».

22. Lo sviluppo argomentativo della motivazione ("DIRITTO") della suddetta sentenza n. 20/2021 - per la parte, che qui interessa, relativa al riparto di giurisdizione - può essere sunteggiato come segue:

22.1. si nega che l'affidamento abbia consistenza di autonomo diritto soggettivo e si afferma che «esso non è infatti una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta

dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi» (§ 5);

22.2. si afferma che, quando l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, 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.» (§ 7);

22.3. si sottolinea che «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.» (§ 8, in principio);

22.4. si puntualizza che «la giurisdizione sulla domanda di risarcimento dei danni causati da un provvedimento amministrativo compete al Giudice amministrativo «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 beneficiato 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.» (§ 8, in fine);

22.5. si giudica scorretto, infine, «interporre nel rapporto amministrativo costituito dal provvedimento un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento alla stabilità del provvedimento medesimo 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 (pretensivo o oppositivo, secondo la terminologia invalsa al riguardo).» (§ 9, in principio);

23. In esito al percorso argomentativo sopra riportato, la sentenza 20/2021 conclude che «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» (§ 9, in fine).

24. A conferma del proprio orientamento il Consiglio di Stato evoca altresì la disposizione di cui all'art. 12, comma 1, lettera 0a), della legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, che ha introdotto nell'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il comma 2-bis, che recita: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede». Tale disposizione, secondo l'Adunanza Plenaria, non consentirebbe di circoscrivere la rilevanza dei doveri in esame al diritto comune; al contrario, «la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta "qualificata" dall'inerenza al pubblico potere. 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» (§ 11).

25. La ricca trama argomentativa tessuta nella sentenza n. 20/2021 sollecita queste Sezioni Unite ad un supplemento di riflessione che, tuttavia, non induce a mutare l'orientamento fissato nelle menzionate ordinanze del 2011.

26. Va peraltro precisato, in via preliminare, che, in aderenza all'oggetto del presente regolamento preventivo di giurisdizione, le considerazioni che seguono saranno centrate sull'ipotesi della lesione dell'affidamento riposto dal privato nella legittimità di un provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica, prima emesso e poi annullato - in autotutela o ope judicis - perché riconosciuto illegittimo. Resterà quindi fuori dal perimetro argomentativo della presente ordinanza il diverso tema - a cui si riferisce il rilievo sopra sintetizzato nel paragrafo 22.3 e che ha formato oggetto della citata ordinanza di questa Corte n. 8236/20 - della lesione dell'affidamento generato da un comportamento procedimentale dell'amministrazione non estrinsecatosi in alcun provvedimento.

27. Il nucleo centrale della posizione espressa dal Consiglio di Stato, con il conforto di ampia parte della dottrina amministrativistica, è quello tratteggiato nei precedenti paragrafi 22.4 e 22.5, ossia l'assunto che il titolare di un interesse legittimo al rilascio di un provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica vedrebbe il proprio interesse legittimo ugualmente leso tanto nel caso in cui il bene della vita da lui

richiesto sia stato illegittimamente negato, quanto nel caso in cui il bene della vita da lui richiesto sia stato illegittimamente concesso. In entrambe le ipotesi, infatti, l'illegittimità dell'azione dell'amministrazione determinerebbe la lesione dell'interesse legittimo del privato, differenziandosi i due casi solo sul piano del meccanismo causale generativo del danno. Nel primo caso il danno deriverebbe dalla mancata concessione del bene della vita; nel secondo, per contro, il danno deriverebbe dall'inutile svolgimento di un'attività effettuata sul fallace presupposto della legittimità dell'attribuzione del bene della vita; ma anche in questo secondo caso la situazione soggettiva lesa sarebbe comunque l'interesse legittimo.

28. Questo ragionamento, tuttavia, sembra trascurare il rilievo - evidenziato da queste Sezioni Unite già nella ordinanza n. 17586/2015 e poi ribadito nella ordinanza n. 8236/2020 (si vedano gli stralci di quest'ultima riportati nei paragrafi 14 e 15 che precedono) - che il provvedimento ampliativo, ancorché illegittimo, non produce ex se alcun danno al suo destinatario/beneficiario. In relazione agli interessi legittimi pretensivi, infatti, l'interesse del privato all'ampliamento della propria sfera giuridica è soddisfatto quando l'amministrazione, all'esito del procedimento, emani il provvedimento che produce l'effetto positivo, senza che rilevi, dal punto di vista del medesimo privato, se tale emanazione sia legittima o illegittima; al privato - come in dottrina non si è mancato di sottolineare - interessa soltanto poter vedere ampliata la propria sfera giuridica, cioè acquisire un bene della vita. Il danno patito dal beneficiario del provvedimento illegittimo, pertanto, deriva non dal provvedimento ma dalla caducazione del medesimo. La causa del danno, in altri termini, non è il provvedimento illegittimo (come accade quando il bene della vita sia stato illegittimamente negato) bensì il fatto storico della emissione di un provvedimento (di per sé stesso non dannoso per il destinatario) che, successivamente, è stato caducato perché illegittimo (detto diversamente: la "fattispecie complessa" evocata nello stralcio dell'ordinanza n. 8236/2020 trascritto nel paragrafo 15 che precede). Non si tratta, pare al Collegio, di degradare il provvedimento a mero fatto, bensì di individuare, ai fini dell'identificazione della situazione soggettiva lesa, il fatto dannoso, che è diverso a seconda che il provvedimento illegittimo abbia negato o abbia attribuito il bene della vita ambito dal privato.

29. Né sembra risolutiva la considerazione, pure avanzata in dottrina, che l'interesse legittimo pretensivo del privato avrebbe ad oggetto non soltanto la emissione ma anche la conservazione di un provvedimento al medesimo favorevole; cosicché l'annullamento di quest'ultimo lederebbe proprio il suddetto interesse legittimo pretensivo.

30. Tale ultima considerazione - che riecheggia anche nel riferimento della sentenza n. 20/2021 al «legittimo interesse alla sua (del provvedimento, n.d.r.) conservazione,

non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa» (si veda lo stralcio nel paragrafo 8 di tale sentenza, trascritto nel precedente paragrafo 22.4) - sembra non considerare che l'azione risarcitoria per la lesione dell'affidamento (mal) riposto nella legittimità di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del suo destinatario costituisce un posterius - sia cronologico che logico - rispetto all'accertamento della illegittimità di tale provvedimento implicato nella relativa caducazione, ope iudicis o in autotutela.

31. Chi agisce, in sostanza, non mette in discussione l'illegittimità del provvedimento a sé favorevole, né deduce di essere titolare di un interesse legittimo al mantenimento del bene della vita acquisito con tale provvedimento (e perduto con la relativa caducazione). Egli non si duole, cioè, della lesione di una situazione soggettiva di interesse legittimo alla conservazione del bene della vita concessogli con il provvedimento illegittimo (e, perciò, successivamente caducato), ma si duole del fatto che l'amministrazione lo ha indotto, con l'emissione di un provvedimento illegittimo, a sostenere spese e a compiere attività che la successiva caducazione del medesimo provvedimento ha reso inutili.

32. Alla luce della considerazione svolta nel paragrafo che precede, il Collegio ritiene, dunque, di dover mantenere fermo il principio che la situazione giuridica la cui lesione costituisce la causa delle pretese del privato di vedersi risarciti i danni causati dall'annullamento di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica non è l'interesse legittimo alla conservazione del bene della vita acquisito con tale provvedimento, bensì l'affidamento (incolpevole) dal medesimo riposto nella legittimità di tale provvedimento.

33. Nella sentenza n. 20/2021, peraltro, l'Adunanza plenaria svolge - come sopra accennato nel precedente paragrafo 22.1. - una specifica disamina della natura giuridica dell'affidamento e, sulla scorta di tale disamina, afferma che, «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 sarebbe 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».

34. Al riguardo questo Collegio osserva che il fatto che nell'esercizio del proprio potere pubblico l'amministrazione sia tenuta ad osservare le regole speciali che

connotano il suo agire autoritativo - ed al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo – non esclude che essa sia tenuta ad osservare anche le regole generali di correttezza e buona fede. La tecnica di protezione giuridica dell'interesse all'altrui correttezza e buona fede, d'altra parte, è quella del diritto soggettivo. Del resto, che nell'ambito dell'attività autoritativa dell'amministrazione la situazione attiva a cui corrisponde, dal lato passivo, l'obbligo di correttezza abbia consistenza di diritto soggettivo sembra riconosciuto pure dalla sentenza n. 5 del 2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Tale sentenza, pur essendo centrata sull'attività negoziale della pubblica amministrazione, fa espresso riferimento al «diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali» quale situazione soggettiva lesa dalla violazione delle regole di correttezza anche nell'ambito dell'attività autoritativa; vedi § 32: «La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250)».

35. Né a diversa conclusione sembra orientare il novum recato dalla legge n. 120/2020, con l'introduzione del comma 2-bis dell'articolo 1 della legge n. 241/1990. Come queste Sezioni Unite hanno già evidenziato nella sentenza di n. 12428/2021, «il procedimento amministrativo costituisce un'interlocuzione fra l'Amministrazione ed il privato retta da norme per l'esercizio della funzione amministrativa. Rispetto a tale agere che si dispiega mediante atti formali e si colloca sul piano del diritto pubblico, deve essere individuato quale sia lo spazio del comportamento in violazione dei canoni di correttezza e buona fede perché lesivo dell'affidamento riposto nell'adozione di un provvedimento amministrativo. Deve in particolare meglio essere definito il campo di applicazione del diritto civile rispetto all'azione regolata dal diritto amministrativo. La buona fede che qui rileva non è quella che l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo menziona, quale

forma del rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione unitamente alla collaborazione, e che corrisponde non alla regola di diritto civile, ma a un principio generale dell'ordinamento che ha la funzione, al pari della collaborazione, di modellare l'esercizio del potere fronteggiato dall'interesse legittimo (e di cui è espressione la previsione del "termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi" nell'art. 21 nonies per l'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo, c.d. affidamento legittimo). La correttezza che emerge con la lesione dell'affidamento è quella cui si correla una posizione di diritto soggettivo» (pag. 11, ultimo capoverso, e segg.).

36. Che la protezione offerta all'affidamento dall'ordinamento giuridico abbia la forma del diritto soggettivo sembra trovare conferma, del resto, anche nel rilievo che la legittima aspettativa ("espérance légitime" o "legitimate expectation") rientra nell'ambito dei beni protetti dal disposto dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla CEDU (Protezione della proprietà), secondo l'interpretazione che di tale articolo la giurisprudenza della Corte EDU ha fornito fin dalla sentenza Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda del 29 novembre 1991. In tale sentenza, che ha inaugurato un orientamento consolidatosi nei decenni successivi, la Corte di Strasburgo ha affermato che, con il rilascio, da parte dell'autorità competente, dell'autorizzazione ad un progetto di urbanizzazione sulla cui base le società ricorrenti avevano acquistato dei terreni al fine di edificarli, in capo a dette società fosse sorta una "aspettativa legittima", da considerare alla stregua di una componente dei beni delle società ricorrenti (cfr. § 51: «les requérants avaient pour le moins l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement; il faut y voir, aux fins de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1), un élément de la propriété en question)».

37. La giurisprudenza di questa Corte regolatrice va altresì confermata anche in relazione alle controversie risarcitorie che traggano origine dalla caducazione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato adottati in materie soggette alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo. Il Collegio non vede, infatti, ragioni per discostarsi dal rilievo già svolto da queste sezioni Unite nel paragrafo 27.2 della citata ordinanza n. 8236/2020, sopra trascritto nel precedente paragrafo 18.

38. Se infatti è vero, come è stato osservato in dottrina, che un provvedimento amministrativo illegittimamente emesso (e perciò successivamente caducato) costituisce comunque un atto di esercizio del potere amministrativo, è vero anche che nelle controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del privato nella legittimità di un provvedimento caducato perché illegittimo non è in questione l'esercizio del potere amministrativo (cfr. C. cost. 15

luglio 2022 n. 178, § 3.2, ove si richiama espressamente l'orientamento della stessa Corte costituzionale «secondo cui, affinché sia rispettato il limite costituzionale desumibile dall'art. 103 Cost., è decisivo che si tratti di comportamenti costituenti, comunque, “espressione di un potere amministrativo e non anche [di] quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa” [ex plurimis, sentenza n. 35 del 2010]». Le suddette controversie non hanno ad oggetto le modalità di esercizio del potere amministrativo e non ineriscono a situazioni soggettive che, ancorché aventi consistenza di diritti, siano state tuttavia incise dalla spendita di poteri pubblici; ma riguardano il complessivo *modus agendi* dell'amministrazione, che si assume contrario a regole comportamentali di buona fede e correttezza e nel cui ambito il provvedimento illegittimo e la sua caducazione (in autotutela o *ope judicis*) rilevano - lo si è già accennato nel precedente paragrafo 28 - come meri fatti storici.

39. In sintesi, l'oggetto del giudizio di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del privato nella legittimità di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica che sia stato annullato, in autotutela o dal Giudice amministrativo, non è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento poi annullato, né è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento di annullamento del primo (ove l'annullamento sia avvenuto in autotutela e non in sede giurisdizionale). L'illegittimità del provvedimento annullato (e la legittimità dell'eventuale provvedimento di annullamento in autotutela) costituiscono, infatti, presupposti della lite, che restano all'esterno del perimetro della regiudicanda. L'oggetto del suddetto giudizio, invece, è il modo in cui l'amministrazione - nonché, va aggiunto, lo stesso privato destinatario del provvedimento - hanno o non hanno osservato le regole di correttezza nei reciproci rapporti. Tali regole, ricorda la stessa sentenza 20/2021 (§ 13), operano su piani distinti rispetto alle regole di legittimità amministrativa, «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 dei connessi obblighi di protezione inerenti al procedimento».

40. L'orientamento espresso con le ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 va dunque confermato. Pertanto, poiché il presente giudizio ha ad oggetto una pretesa risarcitoria fondata sulla deduzione di una lesione dell'affidamento dei ricorrenti nella legittimità di un provvedimento di un'amministrazione municipale, poi annullato in sede giurisdizionale, il proposto regolamento di giurisdizione va definito

con l'affermazione della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria" (Cass. 06/02/2023 n. 3514).

La Corte di Cassazione ha poi ribadito tale orientamento, contrapposto a quello del Consiglio di Stato, affermando che:

"26. [...]il provvedimento ampliativo, ancorché illegittimo, non produce ex se alcun danno al suo destinatario/beneficiario. In relazione agli interessi legittimi pretensivi, infatti, l'interesse del privato all'ampliamento della propria sfera giuridica è soddisfatto quando l'amministrazione, all'esito del procedimento, emani il provvedimento che produce l'effetto positivo, senza che rilevi, dal punto di vista del medesimo privato, se tale emanazione sia legittima o illegittima; al privato - come in dottrina non si è mancato di sottolineare - interessa soltanto poter vedere ampliata la propria sfera giuridica, cioè acquisire un bene della vita. Il danno patito dal beneficiario del provvedimento illegittimo, pertanto, deriva non dal provvedimento ma dalla caducazione del medesimo. La causa del danno, in altri termini, non è il provvedimento illegittimo (come accade quando il bene della vita sia stato illegittimamente negato) bensì il fatto storico della emissione di un provvedimento (di per sé stesso non dannoso per il destinatario) che, successivamente, è stato caducato perché illegittimo (detto diversamente: la "fattispecie complessa" evocata nello stralcio dell'ordinanza n. 8236/2020 trascritto nel paragrafo 13 che precede). Non si tratta, pare al Collegio, di degradare il provvedimento a mero fatto, bensì di individuare, ai fini dell'identificazione della situazione soggettiva lesa, il fatto dannoso, che è diverso a seconda che il provvedimento illegittimo abbia negato o abbia attribuito il bene della vita ambito dal privato.

27. Ne sembra risolutiva la considerazione, pure avanzata in dottrina, che l'interesse legittimo pretensivo del privato avrebbe ad oggetto non soltanto la emissione ma anche la conservazione di un provvedimento al medesimo favorevole; cosicché l'annullamento di quest'ultimo lederebbe proprio il suddetto interesse legittimo pretensivo.

28. Tale ultima considerazione - che riecheggia anche nel riferimento della sentenza n. 20/2021 al "legittimo interesse alla sua (del provvedimento, n.d.r.) conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa" (si veda lo stralcio nel paragrafo 8 di tale sentenza, trascritto nel precedente paragrafo 19.4) - sembra non considerare che l'azione risarcitoria per la lesione dell'affidamento (mal) riposto nella legittimità di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del suo destinatario costituisce un posterius - sia cronologico che logico - rispetto all'accertamento della illegittimità di tale provvedimento implicato nella relativa caducazione, ope iudicis o in autotutela.

29. Chi agisce, in sostanza, non mette in discussione l'illegittimità del provvedimento

a sé favorevole, né deduce di essere titolare di un interesse legittimo al mantenimento del bene della vita acquisito con tale provvedimento (e perduto con la relativa caducazione). Egli non si duole, cioè, della lesione di una situazione soggettiva di interesse legittimo alla conservazione del bene della vita concessogli con il provvedimento illegittimo (e, perciò, successivamente caducato), ma si duole del fatto che l'amministrazione lo ha indotto, con l'emissione di un provvedimento illegittimo, a sostenere spese e a compiere attività che la successiva caducazione del medesimo provvedimento ha reso inutili.

30. Alla luce della considerazione svolta nel paragrafo che precede, il Collegio ritiene, dunque, di dover mantenere fermo il principio che la situazione giuridica la cui lesione costituisce la causa della pretesa del privato di vedersi risarciti i danni causati dall'annullamento di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica non è l'interesse legittimo alla conservazione del bene della vita acquisito con tale provvedimento, bensì l'affidamento (incolpevole) dal medesimo riposto nella legittimità di tale provvedimento.

31. Nella sentenza n. 20/2021, peraltro, l'Adunanza plenaria svolge - come sopra accennato nel precedente paragrafo 20.1. - una specifica disamina della natura giuridica dell'affidamento e, sulla scorta di tale disamina, afferma che, "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 sarebbe 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".

32. Al riguardo questo Collegio osserva che il fatto che nell'esercizio del proprio potere pubblico l'amministrazione sia tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo - ed al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo - non esclude che essa sia tenuta ad osservare anche le regole generali di correttezza e buona fede. La tecnica di protezione giuridica dell'interesse all'altrui correttezza e buona fede, d'altra parte, è quella del diritto soggettivo. [...]

36. Se infatti è vero, come è stato osservato in dottrina, che un provvedimento amministrativo illegittimamente emesso (e perciò successivamente caducato) costituisce comunque un atto di esercizio del potere amministrativo, è vero anche che nelle controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno da lesione

*dell'affidamento del privato nella legittimità di un provvedimento caducato perché illegittimo non è in questione l'esercizio del potere amministrativo (cfr. C. Cost. 15 luglio 2022 n. 178, p. 3.2, ove si richiama espressamente l'orientamento della stessa Corte costituzionale "secondo cui, affinché sia rispettato il limite costituzionale desumibile dalla Cost., art. 103, è decisivo che si tratti di comportamenti costituenti, comunque, "espressione di un potere amministrativo e non anche (di) quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa" (ex plurimis, sentenza n. 35 del 2010))". Le suddette controversie non hanno ad oggetto le modalità di esercizio del potere amministrativo e non ineriscono a situazioni soggettive che, ancorché aventi consistenza di diritti, siano state tuttavia incise dalla spendita di poteri pubblici; ma riguardano il complessivo *modus agendi* dell'amministrazione, che si assume contrario a regole comportamentali di buona fede e correttezza e nel cui ambito il provvedimento illegittimo e la sua caducazione (in autotutela o *ope judicis*) rilevano - lo si è già accennato nel precedente paragrafo 26 - come meri fatti storici.*

37. In sintesi, l'oggetto del giudizio di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del privato nella legittimità di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica che sia stato annullato, in autotutela o dal Giudice amministrativo, non è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento poi annullato, né è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento di annullamento del primo (ove l'annullamento sia avvenuto in autotutela e non in sede giurisdizionale). L'illegittimità del provvedimento annullato (e la legittimità dell'eventuale provvedimento di annullamento in autotutela) costituiscono, infatti, presupposti della lite, che restano all'esterno del perimetro della regiudicanda. L'oggetto del suddetto giudizio, invece, è il modo in cui l'amministrazione - nonché, va aggiunto, lo stesso privato destinatario del provvedimento - hanno o non hanno osservato le regole di correttezza nei reciproci rapporti. Tali regole, ricorda la stessa sentenza 20/2021 (p. 13), operano su piani distinti rispetto alle regole di legittimità amministrativa, "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 dei connessi obblighi di protezione inerenti al procedimento".

38. L'orientamento espresso con le ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 va dunque confermato. Pertanto, poiché il presente giudizio ha ad oggetto una pretesa risarcitoria fondata sulla deduzione di una lesione dell'affidamento dei ricorrenti

nella legittimità di un provvedimento di un'amministrazione municipale, poi annullato in autotutela, va affermata, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'appello, la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria [...]” (Cass. 24/04/2023, n. 10880).

Come pure, con specifico riferimento alla nozione di affidamento è stato confermato che ai fini della responsabilità dell'Amministrazione rileva quella civilistica, che si sostanzia nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta tenuta dall'Amministrazione, precisandosi che: *“queste Sezioni Unite sono pervenute al definitivo superamento del precedente orientamento giurisprudenziale [...] d) la nozione di affidamento rilevante ai fini della responsabilità dell'Amministrazione non coincide con quella emergente dalla disciplina dettata dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-nonies non postulando una ponderazione dell'interesse pubblico alla rimozione di un atto illegittimo con quelli privati del beneficiario di tale atto e degli eventuali controinteressati, ma configurandosi come una situazione autonoma, tutelata in sé e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, e cioè come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta. Tali conclusioni, in parte già raggiunte in riferimento alla disciplina vigente anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, sono state ritenute conformi anche a quella introdotta dal D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 7, comma 1, e art. 30, comma 2, essendosi rilevato che e) nel caso in cui il comportamento della Pubblica Amministrazione abbia leso l'affidamento del privato, in quanto 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, dal momento che il comportamento dell'Amministrazione rilevante ai fini dell'affidamento del privato si pone su un piano diverso rispetto da quello della scansione degli atti procedurali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo, f) anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, la giurisdizione amministrativa su diritti presuppone che questi ultimi risultino coinvolti nella esplicazione della funzione pubblica, esercitata mediante provvedimenti o mediante accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, g) perché sussista la giurisdizione del Giudice amministrativo, è necessario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo, ciò che non accade quando la causa del danno di cui il privato chiede il risarcimento risieda non già nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì in un comportamento la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato esercitato e venga*

prospettata come violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato. Alla stregua delle predette considerazioni, che il Collegio condivide ed intende ribadire anche in riferimento al caso in esame, la spettanza della controversia alla giurisdizione ordinaria non può essere esclusa in virtù della mera circostanza, fatta valere dall'Amministrazione, che il pregiudizio del quale la società attrice ha chiesto il ristoro sia ricollegabile, nella specie, ad un'attività di trasformazione urbana posta in essere in esecuzione di un progetto urbanistico approvato dalla Giunta municipale e successivamente annullato dal Giudice amministrativo: a sostegno della domanda, l'attrice non ha infatti allegato l'illegittimità dell'atto amministrativo, il cui annullamento si pone come un mero antecedente storico della pretesa da essa avanzata, né la riconducibilità del danno al provvedimento annullato, avente anzi portata ampliativa della sua sfera giuridica, bensì la scorrettezza della condotta asseritamente tenuta dall'Amministrazione comunale, la quale, nonostante l'impugnazione del provvedimento da parte di terzi, ha insistito per l'attuazione dell'intervento programmato e fornito assicurazioni in ordine alla legittimità dello stesso, escludendo la necessità di approfondimenti istruttori e suscitando in tal modo un affidamento incolpevole, la cui lesione costituisce quindi il vero fondamento della pretesa risarcitoria” (Cass. 19/01/2023, n. 1567; ma vds. anche Cass. 20/01/2022, n. 1778).

Con più specifico riferimento alla tematica dell'ambito della giurisdizione esclusiva la Suprema Corte ha poi ribadito quanto segue.

“La condotta del Comune che, prima aveva adottato provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato proprietario delle aree e, poi, decorsi ben cinque anni, li aveva annullati accertandone l'incompatibilità con la disciplina urbanistica di settore, aveva causato ingenti perdite economiche agli operatori privati coinvolti nell'iniziativa che avevano incolpevolmente confidato nella legittimità e stabilità dei provvedimenti adottati dal Comune. Nella situazione descritta doveva configurarsi la responsabilità extracontrattuale dell'ente convenuto per la lesione dell'affidamento riposto dal Fondo, rimasto estraneo al procedimento di adozione del PII, nella legittimità della deliberazione di approvazione del piano e nella stabilità dei relativi permessi a costruire che aveva ingenerato il convincimento di poter dare integrale attuazione al progetto edificatorio già avviato e lo aveva indotto ad investire nell'operazione immobiliare, sostenendo i costi per il subentro nel contratto preliminare di acquisto dell'area e per l'acquisto dei terreni, poi, divenuti inedificabili. In particolare, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione negoziale del Fondo Atlantic 6 derivava il diritto al risarcimento del pregiudizio patrimoniale...(“)

Chiedeva, pertanto, la condanna dell'ente convenuto, ai sensi dell'art. 2043 c.c. ovvero degli articoli 1175 e 1375 c.c., al pagamento della somma di € 30.011.379,91 a titolo di risarcimento del danno cagionato al Fondo investitore dalla lesione dell'affidamento riposto nella legittimità e stabilità della delibera del 23 luglio 2007 di approvazione del Piano Integrato di Intervento Bellaria, annullata in autotutela con le delibere 42/2012 e 52/2012.

Nel costituirsi in giudizio l'ente convenuto ha eccepito, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione del Giudice ordinario, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie concernenti la formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di un provvedimento amministrativo, quali sono i piani attuativi come il , o, comunque, le controversie che, come la presente, vertono su atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica ed edilizia.(...)

Il Tribunale preliminarmente rileva l'infondatezza dell'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice ordinario sollevata dall'ente convenuto sostenendo che la presente controversia dovrebbe essere annoverata tra quelle soggette alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 c.p.c. comma 1 lett. a 2) e lett. f), in quanto inerente alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di un provvedimento amministrativo, come il Piano Integrato di Intervento, o, comunque, afferente alla materia urbanistica e edilizia. Come evidenziato dalla sentenza del Consiglio di Stato del 25.1.2017 n. 293 che, in adesione all'orientamento consolidato della Corte di Cassazione, ha già declinato la giurisdizione sulla domanda risarcitoria oggetto della presente controversia e da cui il Tribunale non intende discostarsi, l'azione risarcitoria proposta dal privato per ottenere il risarcimento del danno subito in conseguenza della lesione dell'affidamento incolpevolmente riposto nella stabilità del provvedimento amministrativo illegittimo ampliativo della sua sfera giuridica, poi, annullato dalla pubblica amministrazione in autotutela è soggetta alla giurisdizione del Giudice ordinario anche in relazione alle controversie risarcitorie che traggano origine dalla caducazione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato adottati in materie soggette alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo (v. doc. 16 di parte attrice a pag. 10 par. 82,83).

Secondo il consolidato orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, infatti, "Qualora il privato abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, successivamente annullato, in via di autotutela od "ope iudicis", senza che si discuta della legittimità dell'annullamento, la controversia relativa ai danni subiti dal privato rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario perché ha ad oggetto non già la

lesione di un interesse legittimo pretensivo, bensì una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del patrimonio, pregiudicato dalle scelte compiute confidando sulla legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato” (v. Cass. SU 2175/2023; Cass. SU 1567/2023; Cass. S.U. 14324/2021; Cass. S.U. 14231/2020; Cass. SU 8236/2020; Cass. S.U. 6885/2019; Cass. S.U. 1654/2018).

E la fattispecie complessa di responsabilità risarcitoria in questione esula anche dall'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo “ tenuto conto che la tutela risarcitoria può essere invocata davanti al Giudice amministrativo soltanto quando il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità dell'atto impugnato, non costituendo il risarcimento del danno materia di giurisdizione esclusiva ma solo uno strumento di tutela ulteriore, e di completamento, rispetto a quello demolitorio.” (Cass. SU 1654/2018; Cass. 416/2020; Cass. SU 3496/2023) mentre “Le suddette controversie non hanno ad oggetto le modalità di esercizio del potere amministrativo e non ineriscono a situazioni soggettive che, ancorché aventi consistenza di diritti, siano state tuttavia incise dalla spendita di poteri pubblici; ma riguardano il complessivo modus agendi dell'amministrazione, che si assume contrario a regole comportamentali di buona fede e correttezza e nel cui ambito il provvedimento illegittimo e la sua caducazione (in autotutela o ope iudicis) rilevano ...come meri fatti storici” (Cass. 2175/2023).

In sintesi, la controversia rientra nell'ambito della giurisdizione del Giudice ordinario ed esula anche dalla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in materia urbanistica, in quanto:

a) la lesione dell'affidamento incolpevole nella legittimità del provvedimento amministrativo ampliativo, poi, annullato si traduce nella lesione del diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale del privato, indotto da uno specifico comportamento contrario alle regole generali di correttezza e buona fede tenuto dalla pubblica amministrazione nel frangente a confidare nella stabilità del provvedimento amministrativo illegittimo e ad orientare le sue scelte negoziali ed imprenditoriali in modo tale da sostenere costi ed investimenti che si riveleranno inutili con l'annullamento; b) il diritto al risarcimento del danno derivante dalla delusione dell'affidamento incolpevole nella stabilità del provvedimento amministrativo ampliativo, poi, annullato non deriva né direttamente né indirettamente dalla sua illegittimità o dall'illegittimità del provvedimento di annullamento, ma solo dall'ulteriore comportamento contrario a correttezza e buona fede tenuto dalla pubblica amministrazione nel frangente ed esula, quindi, dalla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo che, a fini di concentrazione della tutela demolitoria e risarcitoria in materie tassativamente determinate, riconosce al

Giudice amministrativo la cognizione in materia dei soli diritti soggettivi incisi nell'esercizio illegittimo del potere autoritativo.

Ne deriva che, contrariamente a quanto sostenuto dall'ente convenuto, l'inerenza del provvedimento annullato a materia oggetto di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, quale la materia urbanistica, non esclude la giurisdizione del Giudice ordinario sulla controversia avente ad oggetto la lesione dell'affidamento del privato, in quanto tale azione risarcitoria attiene al comportamento complessivo tenuto dalla pubblica amministrazione ed alla sua idoneità a generare l'affidamento del privato, e non alla legittimità dell'atto annullato o del provvedimento di annullamento, ossia al corretto esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione. L'affidamento ingenerato nella stabilità del provvedimento amministrativo, infatti, costituisce una situazione autonoma e tutelata di per sé, la cui lesione incide, a sua volta, su un diritto soggettivo autonomo e distinto rispetto alla posizione soggettiva violata dal provvedimento illegittimo. (...)

Ciò precisato, va esaminato, in primo luogo, se, nella fattispecie in giudizio, sia o meno configurabile un Accordo di Programma e, dunque, se la posizione dedotta in giudizio sia riferita all'adempimento degli obblighi nascenti da un siffatto Accordo, da cui la possibile devoluzione alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, cod. proc. amm.

5. Le Sezioni Unite di questa Corte, sul punto, hanno già avuto modo di chiarire che «La cognizione delle controversie relative ai finanziamenti concessi in sede di formazione ed esecuzione di un patto territoriale - quale espressione di accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento - rientra tra quelle attribuite alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della l. n. 241 del 1990, oggi trasfuso nell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del c.p.a., in quanto - salva l'ipotesi in cui il finanziamento sia riconosciuto direttamente dalla legge e alla P.A. resti demandato solo il compito di verificare l'esistenza dei relativi presupposti senza alcun apprezzamento discrezionale sull'"an", sul "quid" e sul "quomodo" - l'erogazione dei relativi contributi, sia in via provvisoria che in sede definitiva, implica l'adozione, da parte della P.A., di decisioni istituzionali circa la corretta allocazione di risorse finanziarie destinate ad una programmazione negoziata, che vede coinvolti, in egual misura, soggetti pubblici e privati, nonché un sindacato sul corretto esercizio della ponderazione comparativa degli interessi valutati in sede di erogazione, postulando la sussistenza e la persistenza di un potere amministrativo incompatibile con la cognizione giurisdizionale del Giudice ordinario» (Sez. U., n. 10377 del 12/04/2019; Sez. U., del 24/01/2019, n. 2082; Sez. U., n. 21650 del 28/07/2021).

6. Orbene, come emerge dagli atti di citazione e dall'atto di riassunzione – nonché dalla stessa ordinanza di rimessione – la procedura per la conclusione dell'Accordo di Programma era pervenuta alla formazione di un accordo in sede provinciale ma non era stata portata a termine non essendo intervenuto il provvedimento di approvazione finale della Regione, come previsto dall'art. 34, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 secondo il quale «L'accordo, consistente nel consenso unanime del presidente della regione, del presidente della provincia, dei sindaci e delle altre amministrazioni interessate, è approvato con atto formale del presidente della regione o del presidente della provincia o del sindaco ed è pubblicato nel bollettino ufficiale della regione. L'accordo, qualora adottato con decreto del presidente della regione, produce gli effetti della intesa di cui all'articolo 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, determinando le eventuali e conseguenti variazioni degli strumenti urbanistici e sostituendo le concessioni edilizie, sempre che vi sia l'assenso del comune interessato». Detto Accordo, infatti, pur definito presso la Provincia di Potenza, era solo inviato alla Regione, senza mai – non essendovene traccia – esser da quest'ultima approvato con atto formale.

6.1. Lo stesso Accordo in questione, del resto, aveva una connotazione meramente programmatica, mirato solo alla generica individuazione e definizione degli interventi, la cui “consistenza di dettaglio”, ai sensi dell'art. 3 dell'accordo, «resta condizionata all'approvazione dei progetti, demandata alle apposite sedute della conferenza di servizi, che saranno convocate dagli Enti locali coll'intervento ove necessario anche della Provincia di Potenza e della Regione Basilicata per l'eventuale necessaria approvazione della variante».

7. Peraltro, come già precisato da queste Sezioni Unite in una vicenda del tutto omogenea a quella in giudizio (Sez. U., n. 18669 del 03/07/2023), anche a voler dar rilievo all'attività posta in essere in via preliminare e culminata con un “Accordo di Programma” in sede provinciale che, pur non esaustivo e integrante le condizioni previste dall'art. 34 Tuel, rilevi come procedimento amministrativo cui le Amministrazioni hanno dato adesione, la SE.TEC. Srl àncora la pretesa fatta valere in via surrogatoria per la lesione del credito del Comitato e Glob.Tec. a titolo di responsabilità precontrattuale in conseguenza del comportamento tenuto dalle amministrazioni convenute.

7.1. Nell'atto di riassunzione del giudizio innanzi al TAR, in termini del tutto congruenti a quanto precisato negli atti di citazione, infatti, si lamenta che «le Amministrazioni Comunali convenute si sono sistematicamente sottratte al versamento delle prime quote di rispettivo cofinanziamento»; si sottolinea, inoltre, che «l'evidente incompletezza e il ritardo degli atti amministrativi, che le Amministrazioni dovevano porre in essere, ha vanificato le prospettive di

finanziamento del Programma con fondi nazionali/comunitari»; si stigmatizza, infine, «il comportamento delle quattro Amministrazioni Comunali finalizzato a partecipare all'attuazione del Programma, mancando però di assumere i relativi oneri economici di cofinanziamento e di adesione al Comitato e ad al Consorzio».(...)

7.3. in definitiva, ciò che viene posto in risalto non è il mero ritardo procedurale, di per sé suscettibile di essere compulsato con l'istanza della parte privata e le ulteriori attività d'impulso, ma il complessivo comportamento dell'amministrazione «durante il corso delle trattative e della formazione del contratto» avendo esse tenuto «un contegno non compatibile con il generale obbligo di realizzazione degli adempimenti necessari a garantire la validità, l'efficacia o l'utilità del rapporto negoziale», neppure assumendo gli atti deliberativi utili all'erogazione delle quote di cofinanziamento e al ristoro dei costi.

7.4. La causa del danno di cui la società chiede il risarcimento, allora, risiede non già nel cattivo esercizio del potere amministrativo, ma in un comportamento la cui illiceità prescinde dal modo in cui il potere è stato esercitato ed è tale per la prospettata violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza.

8. La posizione dedotta nel giudizio ha dunque ad oggetto l'inerzia dei Comuni che, nello svolgimento dell'attività procedurale, hanno tenuto una condotta difforme ai canoni di correttezza e buona fede fondando l'aspettativa di un compiuto e buon esito ed è ricondotta ad una responsabilità dichiaratamente di natura precontrattuale, senza che detta condotta sia stata ancorato all'esercizio, anche solo mediato, di un potere discrezionale e autoritativo.

8.1. Così delineato l'oggetto della domanda, la vicenda, ai fini del riparto della giurisdizione, si colloca all'interno dell'orientamento di questa Corte già avviato con le decisioni delle Sezioni Unite nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 e n. 17586 del 2015 e recentemente chiarito e precisato con l'ordinanza Sez. U., n. 8236 del 28/04/2020, secondo la quale «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 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 provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione» (v. anche successivamente Sez. U., n. 12428 del 11/05/2021; Sez. U., n. 1567 del 19/01/2023; Sez. U., n. 2175 del 24/01/2023).

8.2. È utile ricordare, sul punto, che il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti, e costituisce principio che, in ambito amministrativo, trova sì il proprio corollario dell'art. 97 Cost. (e nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990), ma rappresenta una espressione del più generale dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., che grava su tutti i membri, privati e pubblici, della collettività, sicché, a maggior ragione, «da chi esercita una funzione amministrativa ... il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal quisque de populo» (v. Sez. U., n. 8236 del 2020, par. 32, che richiama anche la sentenza n. 5 del 2018 del Consiglio di Stato). Quando la parte pubblica e quella privata vengono in contatto tra loro con instaurazione di un rapporto giuridico si realizza, anche a prescindere dalla emanazione di un provvedimento, un contatto sociale qualificato, che rileva «come il fatto idoneo a produrre obbligazioni «in conformità all'ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, non obblighi di protezione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile» (Sez. U., n. 8236 del 2020, par. 33).

8.3. Giova infine evidenziare la congruenza del Consiglio di Stato su questa posizione, il quale, da ultimo, con le sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 19 e 21 del 2021, ha precisato, da un lato, che le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su due piani distinti (uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte) e, dall'altro, che i suddetti profili, oltre che distinti, restano autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, sicché l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per i danni subiti (costituiti dal ristoro “del convincimento ragionevole che esso spettasse”) per la lesione del legittimo affidamento del privato destinatario degli stessi.

9. In conclusione, avendo il giudizio ad oggetto una pretesa risarcitoria fondata sulla deduzione di una lesione dell'affidamento sulla correttezza del comportamento dei Comuni di Genzano di Lucania, di Acerenza, di Avigliano e di Oppido Lucano nei confronti del Comitato e del Consorzio, assunto come difforme dai canoni di correttezza e buona fede, privo di collegamento, anche solo mediato, con l'esercizio

(rimasto inattuato) del potere amministrativo, la controversia va devoluta al Giudice ordinario” (Cass. 06/07/2023 n. 19171).

Sempre con riferimento a fattispecie di omessa conclusione di un procedimento amministrativo potenzialmente ascrivibile alla giurisdizione amministrativa merita segnalare un’ulteriore pronuncia del Giudice di Legittimità nella quale, all’esito di ampia ricostruzione del quadro giurisprudenziale comprensivo del contrasto con la posizione del Consiglio di Stato, viene statuito quanto segue:

“4. La fattispecie in esame.

Il Fallimento Costruzioni Pellizzer, nell'azione risarcitoria proposta, non si duole, in realtà, della lesione del cd. «affidamento legittimo» correlato alla mancata adozione dell'aggiudicazione definitiva e della conclusione del contratto avente ad oggetto la progettazione ed il recupero di un edificio da adibire a nuova sede degli uffici comunali, oltre ulteriori servizi, del valore di euro 8.175.000,00, da ascrivere a varie cause, non ultimo il sopraggiunto fallimento di detta impresa (dichiarato nel febbraio 2014), ma lamenta che l'amministrazione comunale, dopo l'aggiudicazione, in via provvisoria, della commessa all'impresa in bonis, con determina del luglio 2010, sia rimasta per anni, sino appunto al 2014, in posizione di ingiustificata inerzia, non assumendo alcun atto consequenziale ma continuando però a rassicurare la ditta circa la stipula del contratto (come con comunicazione del 23/6/2011, a seguito di formale diffida ad adempiere inoltrata dalla Costruzioni Pellizzer, del Dirigente competente, dell'Area Servizi al Territorio, secondo il quale l'aggiudicazione poteva avere luogo «senza indugio»), con un continuo «rimpallo di responsabilità» tra le varie articolazioni dell'Ente pubblico (tanto che: era stato prima, nel febbraio 2011, avviato «motu proprio» e poi archiviato, nell'aprile 2011, un procedimento di autotutela per l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione provvisoria; mai nessuna contestazione o richiesta di integrazione documentale era stata avanzata da parte dell'ente; la procedura di aggiudicazione è rimasta tuttora pendente) e violazione delle «minimali regole di correttezza e buona fede dettate a protezione degli interessi del contraente privato».

Nella citazione, si evidenzia, proprio che il procedimento di assegnazione dei lavori pubblici «sia stato lasciato morire in assoluto silenzio...e ciò verosimilmente onde non provocare reazioni di sorte da parte della ditta». Viene quindi invocata, a sostegno della pretesa risarcitoria, la lesione dell'affidamento, che si assume incolpevole, per effetto, non dello scorretto esercizio del potere ma, del comportamento amministrativo sleale e quindi la lesione di una posizione giuridica di diritto soggettivo. Ci si duole, dunque, non dell'illegittimità del potere amministrativo per violazione delle regole di diritto pubblico che ne disciplinano

l'esercizio ma della violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare anche il comportamento dell'amministrazione.

Ora, il tradimento della fiducia riposta dall'impresa nella condotta amministrativa, per effetto dell'inerzia dell'Ente locale, protratta negli anni e accompagnata da positive rassicurazioni circa la positiva definizione della procedura con l'aggiudicazione definitiva, non si traduce, secondo la ricostruzione di questa Corte a Sezioni Unite, nella doglianza circa l'illegittimità per violazione delle regole di diritto pubblico nel provvedere da parte dell'Autorità ma dà vita ad una responsabilità patrimoniale da « contatto qualificato » che sfugge alla giurisdizione del Giudice amministrativo.

Non viene invocato l'art. 2-bis, comma 1, della l.241/1990, introdotto con la l.120/2020, che rappresenta un danno da comportamento scorretto (il ritardo), nello svolgimento dell'attività autoritativa, lesivo di un diritto soggettivo (la libertà di autodeterminazione negoziale) e che rientra oggi nella previsione dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 1, c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie in materia di «risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento» (cfr. Cons. Stato Adunanza Plenaria 23/04/2021 n. 7). Vero che tale asserita inerzia ingiustificata ha riguardato un'impresa aggiudicataria, in via provvisoria, di un'importante commessa relativa a lavori pubblici e quindi si colloca all'interno di una procedura di evidenza pubblica, ma, richiamando i principi da ultimo affermati da queste Sezioni Unite (Cass., Sez.U., n. 8236/2020 e 12428/2021), va ribadito che il presupposto della giurisdizione del Giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre «che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione» e «che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo». Quindi, anche, in relazione alla fase procedimentale - in cui la Pubblica amministrazione agisce secondo regole di rilievo pubblicistico (norme di azione) - che intercorre, vigente il d.lgs. 163/2006, tra l'aggiudicazione provvisoria, al termine della procedura di selezione della migliore offerta, e l'aggiudicazione definitiva cui segue, di regola, la stipulazione del contratto, può essere dedotta (Cass. 15260/2014; Cass. 9636/2015), a fondamento di una domanda risarcitoria, la responsabilità (precontrattuale o contrattuale o da contatto qualificato) della Pubblica Amministrazione non da provvedimento, ma da comportamento, per violazione dei doveri di correttezza e buona fede (norme di relazione), là dove non si contesti la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione. E la giurisdizione, in tale ipotesi, spetta al Giudice ordinario.

6. *Per tutto quanto sopra esposto, va dichiarata la giurisdizione del Giudice ordinario (...)*” (Cass. 09/04/2022 n.13595).

6) La più recente giurisprudenza amministrativa

Queste ultime decisioni delle Sezioni Unite non hanno convinto il Consiglio di Stato che, successivamente, è tornato diffusamente sulla questione ribadendo con ulteriori argomenti la propria posizione; ad esempio in una delle ultime sentenze si legge quanto segue.

“12. La ricostruzione delle Sezioni unite non può però essere condivisa, oltre che per gli argomenti già evidenziati dall’Adunanza plenaria n. 20 del 2021, anche per le ulteriori ragioni che si passa ad esporre.

Centrale nella valutazione delle Sezioni unite è la considerazione che l’illegittimità del provvedimento annullato, e la legittimità dell’eventuale provvedimento di annullamento in autotutela, costituiscono presupposti della lite, che restano all’esterno del perimetro della controversia. L’oggetto del suddetto giudizio, invece, sarebbe il modo in cui l’amministrazione – nonché, peraltro, lo stesso privato destinatario del provvedimento – hanno o non hanno osservato le regole di correttezza nei reciproci rapporti. Precisa, inoltre, la Corte di Cassazione che “Tali regole, ricorda la stessa sentenza 20/2021 (p. 13), operano su piani distinti rispetto alle regole di legittimità amministrativa, “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 dei connessi obblighi di protezione inerenti al procedimento”. Stesse regole si applicherebbero anche in relazione ai casi in cui l’affidamento derivi dal complessivo comportamento tenuto dall’amministrazione, qualora nessun provvedimento ampliativo della sfera giuridica del cittadino sia stato emanato.

Va subito precisato che il richiamo fatto dalle Sezioni unite alla sentenza dell’Adunanza plenaria n. 20 del 2021 non è pertinente, in quanto nella citata sentenza, l’Adunanza plenaria, nella parte in cui ha evidenziato che le regole di legittimità e di correttezza operano su piani distinti, non ha voluto di certo affermare che la violazione delle prime va scrutinata solo dal Giudice amministrativo, mentre la violazione delle seconde esclusivamente dal Giudice ordinario, ma più semplicemente che anche un provvedimento legittimo e, quindi, conforme alle regole di validità, può essere fonte di risarcimento del danno se comunque l’amministrazione viola le regole di correttezza e buona fede. In tale senso, infatti,

l'Adunanza Plenaria richiama la sentenza 5 settembre 2005, n. 6, in cui la stessa Adunanza plenaria ha 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 (principio poi ribadito con sentenza sempre dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2018).

Peraltro, nella sentenza n. 20 del 2021, l'Adunanza plenaria ha precisato che la stessa legge (art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241) ha confermato che: «(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede», disposizione che 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”.

Sostenere, dunque, che ogni qual volta ci sia lesione di un affidamento ingenerato da una condotta della p.a. posta in violazione di regole di correttezza e buona fede la giurisdizione sia del Giudice ordinario è conclusione non in linea con la stessa legge n. 241 del 1990, che ha, peraltro, inaugurato una tendenza legislativa che trova il suo punto di arrivo nel codice dei contratti pubblici (cfr., art. 5 d.lgs. n. 36 del 2023, rubricato “Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”).

Separando idealmente il profilo provvedimento-pubblicistico da quello civilistico anche con riferimento all'attività autoritativa non contrattuale, si corre, peraltro, il serio rischio di duplicare le situazioni giuridiche soggettive. Ad esempio, rispetto ad un'istanza volta al rilascio del permesso di costruire, dovrebbe individuarsi una posizione qualificabile in termini di interesse legittimo al rilascio del titolo abilitativo e una complementare posizione di diritto soggettivo in ordine al rispetto del principio dell'affidamento. Ciò potrebbe creare una rischiosa interferenza tra due diverse giurisdizioni e sottovalutare il fatto che la violazione dell'affidamento può già essere adeguatamente tutelata davanti al Giudice amministrativo. Si ritornerebbe, peraltro, all'idea, ormai definitivamente superata, che la giurisdizione spetti al Giudice amministrativo quando si chiede l'annullamento del provvedimento e al Giudice ordinario se si chiede il risarcimento del danno essendo questa un'autonoma posizione giuridica soggettiva. Su tale punto, basti ricordare che, a più riprese, la Corte costituzionale ha escluso che quando “la domanda proposta dal cittadino

abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno la giurisdizione compete al Giudice ordinario”.

La coesistenza di una posizione di interesse legittimo e di una collaterale posizione di diritto soggettivo (concernente la tutela dell'affidamento) potrebbe poi creare il rischio di due giudizi sulla stessa vicenda con esiti di dubbia compatibilità col principio del giusto processo sancito dall'art. 111 Cost. e il pericolo di scarsa certezza nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati. Così, ad esempio, qualora il privato faccia istanza per ottenere un titolo abilitativo e l'amministrazione concluda negativamente il procedimento, il destinatario dell'atto potrebbe decidere di non impugnare il diniego innanzi al Giudice amministrativo né di agire per il risarcimento dei danni nel termine, ritenuto costituzionalmente non illegittimo (cfr., Corte cost., n. 94 del 2017), di centoventi giorni previsto dall'art. 30 c.p.a. ma di intraprendere nel termine di prescrizione previsto dal codice civile un'azione davanti al Giudice ordinario sostenendo che il diniego, ormai definitivo, perché non impugnato, ha cagionato un pregiudizio individuabile nell'aver incolpevolmente riposto affidamento sulla possibile conclusione favorevole del procedimento. In casi del genere, la mancata impugnazione del diniego dovrebbe far propendere per la legittimità dell'azione amministrativa; tuttavia l'amministrazione resterebbe comunque esposta a richieste risarcitorie per un tempo di gran lunga più ampio rispetto a quello stabilito dall'art. 30 c.p.a. per l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, termine quest'ultimo, come già detto, valutato non costituzionalmente illegittimo nel bilanciamento degli interessi che vengono in gioco.

13. Infine, non può valere neppure il richiamo alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 che ha qualificato l'affidamento come libertà di autodeterminazione, perché si riferisce all'attività precontrattuale/contrattuale e non a quella provvedimento tout court della pubblica amministrazione. La libertà negoziale e l'obbligo di comportarsi in buona fede nella fase delle trattative sono ipotesi molto differenti rispetto alle regole pubblicistiche che governano il procedimento e il provvedimento amministrativo. È stato affermato in dottrina che “sarebbe come applicare al testamento o al matrimonio le regole del contratto”.

14. Poco convincente, inoltre, nella ricostruzione delle Sezioni unite è l'affermazione che nel risarcimento del danno da lesione del legittimo affidamento causato da un provvedimento favorevole ma illegittimo o comunque da inerzia dell'amministrazione, il danno patito non sia causalmente collegato, nemmeno indirettamente, all'esercizio del potere pubblico.

Sul punto, come è stato anche suggerito in dottrina, è opportuno distinguere i comportamenti mediatamente collegati al potere attraverso un'analisi fondata sul nesso causale. Più precisamente occorre distinguere tra nessi immediati e nessi

mediati: alla presenza dei primi vi sarebbe un comportamento autoritativo e alla presenza dei secondi un comportamento mediatamente riconducibile al potere.

Il comportamento può dirsi indirettamente (o mediatamente) collegato all'esercizio del potere quando, sulla base della teoria della regolarità causale, sia regolare conseguenza del potere.

Anche quando la lesione provocata dal comportamento materiale della pubblica amministrazione attenga a diritti soggettivi e non ad interessi legittimi non è possibile ricondurre le relative controversie nell'alveo della giurisdizione del Giudice ordinario, dal momento che tali condotte si inseriscono comunque all'interno di una sequenza causale in relazione alla quale il centro del potere pubblico rappresenta un antecedente logico e causale rispetto al comportamento amministrativo, con conseguente giurisdizione esclusiva de Giudice amministrativo, laddove prevista.

In relazione, invece, ai meri comportamenti, per i quali è pacifica la giurisdizione del Giudice ordinario, la pubblica amministrazione opera come qualsiasi soggetto di diritto, trattandosi di comportamenti materiali non collegati nemmeno in via indiretta o mediata al potere pubblico.

15. Venendo al caso di specie, non può dubitarsi che sussista la giurisdizione del g.a., in quanto la richiesta di risarcimento del danno è giustificata in relazione ad atti, sia pur endoprocedimentali, del Comune che facevano presagire un esito favorevole che poi non v'è stato in ragione dei rilievi regionali. È, dunque, l'esercizio del potere che rappresenta di certo l'antecedente logico causale del danno asseritamente vantato.

Allo stesso risultato si giunge anche ricostruendo la fattispecie nel senso che il danno è, comunque, causalmente riconducibile al comportamento complessivo tenuto dal Comune, che è quantomeno mediatamente collegato all'esercizio del potere: comportamento che è individuabile nella circostanza che il Comune ha emanato un atto che però, per le ragioni prima indicate, non è sfociato nel risultato sperato dalla parte ma che trova causa nell'attivazione del procedimento e nell'affidamento riposto dalla parte circa l'esito favorevole dello stesso.

Come già chiarito, rispetto alla sentenza delle sezioni unite n. 8236 del 2020, nella odierna fattispecie, emergono atti endoprocedimentali espressamente favorevoli al richiedente e, dunque, non è discutibile che il complessivo comportamento dell'amministrazione sia comunque collegato all'esercizio di un pubblico potere.

Ritiene, dunque, il Consiglio di dover ribadire la tesi della sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo.

16. Passando al merito della controversia, la presente richiesta risarcitoria presuppone una responsabilità extracontrattuale della p.a. (cfr., Cons., Stato, Ad. plen. n. 7 del 2021) da lesione del legittimo affidamento serbato dall'appellante sulla

correttezza degli atti/comportamenti adottati dal Comune (cfr., Cons. Stato, Ad. plen., n. 19, 20 e 21 del 2021). Tale responsabilità si fonda quindi su un complessivo comportamento dell'amministrazione che ha emanato atti endoprocedimentali favorevoli al richiedente per poi restare inerte e non concludere il procedimento. Il danno, in tale ipotesi, per essere risarcito, deve essere causalmente riconducibile al complessivo comportamento della p.a. che ha fatto sorgere un affidamento legittimo nei confronti del richiedente” (Cons. Stato 25/11/2024 n. 9467).

7) La tutela dell'affidamento nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici

L'art. 5, del D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 rubricato “*Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento*” dispone quanto segue:

“1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.

4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito».

Questa nuova disposizione, posta come principio generale nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici, recepisce l'evoluzione giurisprudenziale su richiamata con particolare riferimento all'orientamento del Consiglio di Stato (d'altronde la norma è stata scritta dalla speciale Commissione composta in nettissima maggioranza da Consiglieri di Stato).

Merita evidenziare come il comma 3 ponga la regola per cui, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione dovuta alla proposizione di un ricorso da parte di terzi oppure avvenuta nell'esercizio di poteri amministrativi in autotutela, «*l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti*»: il che significa che la buona fede del soggetto privato deve essere valutata sulla base della diligenza

specifica che si può richiedere agli operatori economici di quella precisa gara, restringendo così le ipotesi di affidamento incolpevole .

La disposizione recepisce il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui, affinché si ravvisi una responsabilità della pubblica amministrazione, occorre verificare che la violazione del dovere di correttezza e buona fede sia imputabile quanto meno a colpa “aggravata” dell’amministrazione, secondo le regole generali vevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., ammettendo, tuttavia, che la violazione di tali doveri da parte della P.A. possa essere inficiata da un profilo di colpa anche del concorrente. Nello specifico, in base al contenuto dell’art. 1338 c.c., si può rilevare che, se il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara, è conoscibile dal concorrente privato, la responsabilità della prima è da escludersi.

In base a questa giurisprudenza amministrativa, l’elemento della colpevolezza dell’affidamento poi, rileva diversamente a seconda che l’annullamento dell’aggiudicazione sia disposto d’ufficio dall’amministrazione oppure in sede giurisdizionale, osservandosi che in questo secondo caso non si può parlare di affidamento incolpevole o, meglio, se ne può parlare fino ad un momento antecedente alla notifica dell’atto introduttivo del giudizio. Infatti, il beneficiario del provvedimento oggetto dell’azione costitutiva di annullamento assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio e ciò comporta che, con l’esercizio della predetta altrui azione, diventi consapevole della possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, facendo divenire tale causa di invalidità una evenienza non imprevedibile. Di conseguenza, per poter predicare l’esistenza della responsabilità precontrattuale dell’amministrazione, derivante dalla violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede, occorre valutare il ragionevole affidamento del concorrente che abbia stipulato il contratto sia in relazione alla possibile sua colpa specifica sia in relazione al grado di sviluppo della procedura.

Quanto alla valutazione e alla quantificazione del danno risarcibile a favore dell’operatore economico il comma 3 prevede il risarcimento del danno da lesione dell’affidamento limitandolo, nei casi in cui non spetta l’aggiudicazione, «*ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall’interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell’operatore economico*»; risarcimento che deve essere mantenuto nei limiti del c.d. interesse negativo, ossia dell’interesse del soggetto a non essere leso nell’esercizio della sua libertà negoziale, per cui detto danno è composto dalla restituzione delle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (c.d. danno emergente) e dal rimborso della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipula di altri contratti ugualmente o maggiormente vantaggiosi (c.d.

lucro cessante), con esclusione però del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto "perduto".

Per quanto concerne, infine, l'individuazione del Giudice competente alla cognizione delle controversie relative alla lesione della buona fede e dell'affidamento dell'operatore economico, il su riportato art. 5 solo apparentemente non prende posizione perché nella Relazione al Codice (predisposta dalla suddetta speciale Commissione costituita presso il Consiglio di Stato) vi è una netta adesione alle tesi sostenute dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato; in essa, infatti, si legge testualmente:

“Il comma 2 recepisce i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 5 del 2018 e nn. 19 e 20 del 2021. In linea con tale giurisprudenza, il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere.

Pur non intervenendo sul riparto della giurisdizione (che non rientra nell'oggetto della legge-delega), la norma si basa, comunque, sul presupposto secondo cui la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere e, pertanto, anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale, la relativa controversia risarcitoria non può che rientrare nella giurisdizione amministrativa, specie in considerazione del fatto che, nella materia degli appalti pubblici, il Giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alla “controversie risarcitorie”. Sotto tale profilo, l'espressa menzione delle “controversie risarcitorie” nel testo dell'art. 133, c. 1, lett. e) n. 1 – in un contesto ordinamentale in cui la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non richiede previsioni di giurisdizione esclusiva (cfr. Corte cost. n. 204 del 2004) – non può che leggersi come volontà del legislatore di includere nella giurisdizione esclusiva in materia di appalti proprio le controversie di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, a cui fa riferimento la norma in commento. Sarebbe, tuttavia, opportuno che le incertezze in punto di giurisdizione (come chiaramente emergente dal conflitto interpretativo delineatosi fra Sezioni Unite della Corte di Cassazione e Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) vengano risolte con una norma ad hoc, che espliciti che, almeno in materia di

procedure di evidenza pubblica e in tutti gli altri casi di giurisdizione esclusiva, quest'ultima include anche il danno da lesione dell'affidamento, laddove esso matura in un contesto procedimentale e il comportamento "scorretto" imputato all'amministrazione presenta collegamenti, anche indiretti o mediati con l'esercizio del potere".

Il comma 4 dispone in caso di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno in favore del concorrente pretermesso che sussista la concorrente responsabilità dell'impresa aggiudicataria ove l'aggiudicazione sia stata conseguita con un comportamento illecito e che all'amministrazione sia riconosciuta la possibilità di agire in via di rivalsa.

Ai sensi dell'articolo 124 c.p.a., come sostituito dall'articolo 209 del Codice dei Contratti, la giurisdizione sull'azione di rivalsa spetta al Giudice amministrativo mentre, in base alle regole generali di riparto giurisdizionale, l'azione proposta dal concorrente pretermesso nei confronti del danneggiante beneficiario della aggiudicazione illegittima oppure l'azione proposta dal primo nei confronti del funzionario autore del provvedimento dovrebbero essere ricomprese nella giurisdizione del Giudice ordinario.

8) Il ripensamento della Cassazione sulle azioni proponibili nelle materie di giurisdizione esclusiva

La sopra illustrata novità introdotta dal Codice dei contratti pubblici ha indotto molto recentemente la Cassazione a modificare parzialmente il proprio orientamento con la **sentenza n. 26080/2025**.

Nella fattispecie i ricorrenti sostenevano che la domanda ricadeva nella giurisdizione ordinaria, poiché il pregiudizio lamentato non era conseguenza immediata e diretta del rilascio del permesso a costruire successivamente annullato, ma era effetto di una condotta complessiva del Comune contraria alle regole di correttezza, avendo i ricorrenti acquistato un piccolo fabbricato agricolo, confidando incolpevolmente di poterlo demolire e ricostruire con un ampliamento della volumetria sulla base di una prassi consolidata del Comune, che aveva rilasciato analoghi permessi ad altri proprietari, consentendo di ampliare i loro immobili. Il Comune resisteva affermando che la lesione denunciata era pur sempre intimamente collegata al contatto tra le parti svoltosi nell'ambito del procedimento amministrativo esitato nel rilascio del permesso a costruire dichiarato illegittimo e che il danno, per come ipotizzato dagli attori, sarebbe stato conseguenza di un comportamento contrario a buona fede connesso almeno in via indiretta all'esercizio del potere amministrativo, per cui la lite sarebbe ricaduta

nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma primo, lettera f), c.p.a.

La Suprema Corte ha quindi osservato quanto segue.

“Il fondamento spiccatamente relazionale della responsabilità, non più ascritta al settore dall'art. 2043 c.c., ma al contatto sociale qualificato tra privato e amministrazione, e la sua scaturigine da condotte materiali hanno trovato, invece, compiuta elaborazione nella pronuncia n. 8236/2020, sul rilievo che l'affidamento incolpevole (concettualmente distinto dall'affidamento legittimo che viene in considerazione come limite al potere di annullamento e di autotutela amministrativa) è una situazione autonoma, tutelata in sé, non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento di natura civilistica, che si sostanzia nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta, quale aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede. Un danno provocato non dalla violazione delle norme pubblicistiche che disciplinano l'agire dei soggetti pubblici e ne condizionano la validità, ma dalle regole di condotta che trovano il loro aggancio nel più generale dovere di solidarietà sociale, sancito dall'art. 2 Cost., che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività e che diviene più intenso, specificandosi nel dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta conforme a buona fede (Cass., S.U., n. 8236/2020). Il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione è perciò assunto a fatto idoneo a produrre obbligazioni «in conformità dell'ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile.

3.2. All'esito di tale percorso interpretativo, si è pervenuti a delineare un'articolata casistica della responsabilità da affidamento. Essa può scaturire: a) dall'aver la P.A. generato un affidamento incolpevole nella legittimità del provvedimento e dalla successiva rimozione legittima a seguito di annullamento (come nel caso esaminato da Cass., S.U., n. 17586/2015); b) dall'affidamento generato nell'ambito di un procedimento conclusosi con un provvedimento negativo legittimo; c) dalla mancata adozione di un provvedimento (Cass., S.U., n. 8236/2023). La nozione di comportamento materiale appare focalizzata non solo e non tanto sul modo in cui si configura nei singoli casi il rapporto (di maggiore o minore collegamento) tra la condotta dannosa e le concrete modalità di esercizio del potere amministrativo,

poiché la derivazione del pregiudizio da un mero comportamento materiale non è apparsa inconciliabile con lo svolgimento di un'attività provvedimentale (il rilascio del permesso a costruire illegittimo), a condizione che il danno non venga dedotto come conseguenza diretta ed immediata dell'illegittimità dell'atto secondo un criterio di causalità giuridica ex art. 1223 c.c., esplicitamente evocato, in particolare, sin dalle pronunce del 2011. Cass., S.U., n.8236/2020 spiega che «Il comportamento rilevante ai fini dell'affidamento del privato, infatti, si pone su un piano diverso rispetto da quello della scansione degli atti procedimentali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo. Detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed 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». Si postula, per la sussistenza della responsabilità, un necessario concorso di elementi ulteriori, in aggiunta al provvedimento annullato, che possono inerire allo stesso contenuto del provvedimento, o anche estranei al diretto esercizio del potere dell'amministrazione, relativi all'agire dell'amministrazione nelle fasi precedenti all'adozione dell'atto o anche successivi, ricollegabili a comportamenti dell'amministrazione o di terzi o, ancora, relativi alla situazione in cui si trovava lo stesso beneficiario o a fatti a lui noti. (Cass., S.U., n. 17586/2015). Tali argomentazioni sono state condivise ed ulteriormente sviluppate da Cass., S.U., n. 2175/2023(seguita poi da Cass., S.U., n. 3514/2023, n. 10880/23, n. 25324/2023, n. 13191/2024 e n. 13964/2024), in replica alle obiezioni formulate dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 20/2021, che, ponendo l'accento sull'introduzione del comma 2 bis dell'art. 1 della legge n. 241/1990 ad opera dell'art. 12, comma primo, lettera 0a), della legge n. 120/2020, aveva sostenuto che il danno da affidamento incolpevole deriva dalla lesione di un interesse legittimo pretensivo di cui deve conoscere il GA anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità. All'Adunanza plenaria si è obiettato che la buona fede che rileva nella genesi del danno non trova fondamento normativo nella legge n. 241/1990 sul procedimento, che attiene alle modalità di esercizio del potere amministrativo cui si contrappone l'interesse legittimo, ma è regola di diritto civile e si correla ad un diritto soggettivo. Si è osservato che la legittima aspettativa rientra nell'ambito dei beni protetti dal disposto dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla CEDU (Protezione della proprietà), secondo l'interpretazione della Corte EDU fin dalla sentenza Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda del 29 novembre 1991, per cui l'aspettativa legittima al rilascio dei permessi a costruire è da intendere alla stregua di una componente dei beni del privato richiedente (Cass., S.U., n. 2175/2023).4. Le S.U.

ritengono di dover preliminarmente confermare che il privato che lamenti la lesione dell'affidamento incolpevole nella legittimità di un provvedimento ampliativo annullato o nella correttezza del comportamento dell'amministrazione fa valere un diritto soggettivo, non un interesse legittimo. Quest'ultimo non può più considerarsi situazione soggettiva solo indirettamente protetta, subordinatamente all'interesse pubblico, o, ancora, come pretesa alla legittimità del provvedimento amministrativo, ma è interesse volto a conseguire o conservare un bene della vita, obiettivo finale che il privato può ottenere solo tramite l'intervento del potere pubblico, nei cui confronti l'interessato è titolare di facoltà volte ad orientare ed indirizzare a suo favore le scelte dell'amministrazione. Se, com'è pacifico, la giurisdizione si stabilisce sulla base della domanda, in ragione del petitum sostanziale (Cass., S.U., n. 2368/2024, 9771/2020; 23600/2020, n. 20350/2018), appare innegabile che, nei casi di violazione dell'affidamento incolpevole, l'azione risarcitoria non postulala lesione di un interesse legittimo. Infatti, il danneggiato non mette in discussione la legittimità del provvedimento ampliativo, non richiede la riparazione del pregiudizio causato dalla perdita del bene cui aspirava e che gli è stato negato (legittimamente), non lamenta di aver titolo a conservare l'utilità ottenuta con il provvedimento annullato, né assume che siano state violate quelle facoltà, anche procedurali, che egli può legittimamente esercitare al cospetto di un potere amministrativo, ma si duole del dispendio di risorse, delle spese inutilmente sostenute, delle opportunità alternative pregiudicate, ossia di pregiudizi cui non sarebbe andato incontro se l'amministrazione non l'avesse indotto a confidare nel rilascio del provvedimento ampliativo. Il fondamento della domanda non è l'illegittimità dell'atto, ma la scorrettezza del comportamento della PA. La sola emissione di un provvedimento ampliativo illegittimo non genera affidamento e non integra, né esaurisce, la corrispondente fattispecie dannosa che, invece, esige il tradimento della fiducia, dell'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà riposta dal privato nel comportamento dell'Amministrazione, che si ricollega a doveri di correttezza e buona fede che informano qualsiasi rapporto giuridico, inclusa la relazione asimmetrica tra l'amministrazione, titolare di poteri autoritativi, e il privato (Cass., S.U., n. 8236/2020).

È stato evidenziato da queste S.U. (oltre alla citata Cass., S.U., n. 2175/2023, anche le successive Cass., S.U., n. 3514/2023 e n.10880/2023), che l'interesse legittimo, essendo situazione soggettiva rivolta ad un bene della vita, è soddisfatto anche dal provvedimento ampliativo viziato, ma ciò senza escludere che l'interesse sia pienamente soddisfatto solo da un atto amministrativo che sia al riparo dal rischio di annullamento (cfr. Cass., S.U., n. 8236/2020, par. 21). Si è inteso affermare che,

dal punto di vista del privato, la legittimità dell'agire amministrativo non è fine a sé stessa, né costituisce un obiettivo cui sia specificamente funzionale tale situazione soggettiva, chiamata a confrontarsi con il potere amministrativo. La legittimità del provvedimento rileva perché assicura una maggiore stabilità nel tempo del vantaggio ottenuto, ma l'effetto utile viene in considerazione se il bene della vita doveva esser attribuito e non quando sia stato legittimamente negato. In tale ultima evenienza, la precarietà dell'attribuzione determinata dal provvedimento annullato resta elemento neutro, a fortiori come possibile fonte di danno, poiché sin dall'inizio nessuna utilità poteva essere attribuita o conservata dal privato, neppure temporaneamente. Ciò non significa che l'interesse legittimo possa trovare soddisfazione in modo non conforme a legge, ma solo che la legittimità dell'azione amministrativa non è il punto di approdo di tale situazione attiva a prescindere dalla spettanza del vantaggio perseguito, interesse cui non può essere arrecato danno solo perché l'agire della p.a. non sia stato legittimo nel provvedere. Il danno sussiste, invece, qualora la p.a. neghi in modo illegittimo la soddisfazione dell'interesse al provvedimento, sacrificando l'interesse pretensivo ad ottenerlo (cfr., testualmente, Cass., S.U., n. 17586/2015).

4.3. Trasposti tali concetti sul piano dei rimedi, la dogmatica dell'interesse legittimo come situazione sostanziale (non strumentale ma) finale, ossia volta ad un'utilità pratica, trova non a caso rispondenza nella tecnica risarcitoria elaborata sin da Cass., S.U., n. 500/1999, basata sul postulato che un danno risarcibile da lesione dell'interesse legittimo pretensivo può sussistere solo a condizione che il bene della vita che il privato aveva inteso ottenere gli spettasse effettivamente o, in presenza di un potere discrezionale della PA, che questi avesse concrete possibilità di ottenerlo. Tale posizione è stata condivisa dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha sostenuto che «declinata nel settore relativo al “risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi” di cui al sopra citato art. 7, comma 4, CPA, 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» (in tal senso, Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 7/2021, par. 12). Nessun risarcimento è d'altronde accordato qualora l'interesse legittimo possa ricevere tutela con l'accoglimento dell'azione di annullamento causato da una illegittimità di carattere formale, dacui non deriva un accertamento di fondatezza della pretesa del privato, ma un vincolo per l'amministrazione a rideterminarsi, senza esaurimento della discrezionalità che le compete (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 13/2008). Anche nelle ipotesi in cui il procedimento non sia stato definito nel rispetto dei

termini di legge mediante un provvedimento espresso, il risarcimento –ugualmente ricondotto dall’orientamento prevalente alla lesione di un interesse legittimo sulla base dell’art. 2 bis (Consiglio di Stato, n. 3568/2025, n. 3375/2024, n. 8299/2023) – si reputa subordinato alla spettanza dell’utilità richiesta dal privato, con esclusione della riparazione di perdite ricollegabili al mero ritardo in sé. Tali esemplificazioni e le considerazioni svolte circa la valenza sostanziale dell’interesse legittimo ne pongono in risalto la natura di situazione soggettiva proiettata su un risultato pratico, non direttamente sulla legittimità del provvedimento ampliativo; la sua lesione assume a presupposto il diniego illegittimo del bene della vita (o la compromissione della possibilità di conseguirlo), sicché esulano dallo spettro delle sue possibili ricadute dannose le perdite prodotte da comportamenti doverosi preposti a protezione della sfera del privato. 5. La responsabilità da lesione dell’affidamento presuppone la delusione della fiducia nella correttezza dell’azione amministrativa (Cass., S.U., n. 8236/2020, n. 2175/2023, n. 9636/2015, n. 15250/2014), non riconducibile all’interesse legittimo, ma al diritto soggettivo alla autodeterminazione del singolo nelle scelte che comportano impegno di risorse, al riparo da ingerenze illecite o da comportamenti scorretti altrui, la cui protezione si realizza, sul piano positivo, mediante l’imposizione di doveri di comportamento (reciproci), ispirati a buona fede tra i soggetti, privato o pubblico, di una relazione, paritaria o asimmetrica, che si instaura in vista della conclusione di un contratto o dell’emissione di un provvedimento amministrativo. Il fulcro della pretesa risarcitoria risiede nella violazione dei doveri che la disciplina ha recepito nella conformazione normativa del contenuto del rapporto amministrativo (art. 1, comma 2 bis, L. 241/1990), non di regole che incidono sulla validità dei provvedimenti adottati.

La cogenza di doveri di protezione della sfera giuridica del privato cui la P.A. è tenuta a conformarsi senza margini di apprezzamento è riconosciuta dalla stessa giurisprudenza amministrativa, convinta della indissolubile coesistenza, nell’ambito del procedimento, di regole pubblicistiche incidenti sulla validità degli atti, e obblighi di condotta imposti per prevenire possibili ricadute negative nella sfera del privato dell’agire amministrativo, anche quando si traduca nel legittimo diniego di un provvedimento ampliativo (cfr. in tal senso, esplicitamente Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 5/2015, par. 32). L’affidamento incolpevole può esser leso anche se il procedimento amministrativo non sia sfociato nell’adozione di alcun provvedimento espresso (Cass., S.U., n. 8236/2020), o nel caso di adozione di un provvedimento negativo legittimo, a conforto del fatto che le regole comportamentali operano su un piano diverso da quello della legittimità, poiché queste ultime incidono sulla validità degli atti, le altre sono fonte di responsabilità. La P.A. è –in

definitiva -obbligata non solo alla corretta adozione delle scelte amministrative, ma anche ad adeguare le proprie condotte nella consapevolezza che lo svolgimento di attività amministrativa può determinare un'indebita ingerenza nella sfera dei destinatari ed indirizzarne erroneamente le scelte, indipendentemente dalla fondatezza della pretesa al conseguimento delle bene della vita cui è finalizzato l'interesse legittimo.

5.1. La postulata coesistenza, nell'ambito di uno stesso procedimento e in capo al medesimo soggetto, di una duplice posizione di interesse legittimo e di diritto soggettivo, anziché costituire un'anomalia teorica, contraria ai principi come sostiene Consiglio di Stato, n.9467/2024), connaturale alla stessa previsione di ipotesi di giurisdizione esclusiva. Poiché il limite di detta giurisdizione risiede nel fatto che la P.A. abbia agito come autorità si conferma che l'esercizio di un potere amministrativo non esclude, ma si confronta anche con situazioni attive aventi il rango di diritti soggettivi (Corte cost., n. 204/2004), che è poi quanto si desume dall'art. 7, comma primo, c.p.a. Il fatto che l'amministrazione agisca, nei singoli casi, come autorità ed eserciti un potere non comporta una doverosa sussunzione di ogni situazione soggettiva attiva del privato nella categoria dell'interesse legittimo. È nelle sole materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133c.p.a., che il Giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi (art. 7, comma quinto, c.p.a.); nella giurisdizione di legittimità resta invece inderogabile il criterio generale di riparto basato sulla natura della situazione sostanziale lesa dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere, la cui qualificazione –nei singoli casi -costituisce un prius ai fini della esatta perimetrazione degli ambiti di giurisdizione. In continuità con i principi espressi dalla Corte costituzionale (sentenza n. 191/2006), occorre ribadire che il risarcimento del danno non costituisce una materia a sé suscettibile di formare oggetto di giurisdizione amministrativa a prescindere dalla natura della situazione soggettiva incisa dal provvedimento amministrativo. All'infuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, la tutela risarcitoria, dato il suo carattere rimediale e servente, è affidata al Giudice della situazione soggettiva lesa, come prescrive l'art. 7, comma quarto, del codice del processo amministrativo che attribuisce alla giurisdizione generale di legittimità le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno «per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali», pure se introdotte in via autonoma. Deve concludersi, quindi, che, all'infuori delle materie di giurisdizione esclusiva elencate dall'art. 133 c.p.a., in caso di violazione dell'affidamento incolpevole la giurisdizione sulle azioni risarcitorie appartiene al Giudice ordinario.

6. Nel danno da lesione dell'affidamento per l'illegittimo rilascio di un permesso a costruire, si verte in una materia in cui il Giudice amministrativo conosce anche dei diritti soggettivi ai sensi dell'art. 133, comma primo lettera f), c.p.a. Per radicare detta giurisdizione, è necessaria l'ulteriore verifica volta a stabilire se la lesione sia riconducibile a comportamenti posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico o ad esso collegati almeno in via mediata, o a meri comportamenti materiali avulsi da tale potere, poiché quest'ultimo caso la giurisdizione compete al Giudice ordinario. Come detto, è orientamento consolidato di questa Corte che il provvedimento illegittimo viene in rilievo esclusivamente quale uno dei fatti costitutivi del diritto al risarcimento e come fattore eziologico del danno, così da degradare a mero comportamento non espressione di potere amministrativo (Cass., S.U., n. 8236/2020; e n. 2175/2023). Il comportamento connesso all'esercizio del potere amministrativo non è quello semplicemente occasionato dall'esercizio del potere o finalizzato all'adozione del provvedimento discrezionale, né quello che si inserisca semplicemente nella sequenza delle attività esitate nel provvedimento, ma solo quello che trovi oggettiva giustificazione e previsione nella norma attributiva del potere e che da essa sia contemplato come oggettivamente necessario per l'attuazione del potere (Cass., S.U., n. 2052/2016, n. 27325/2024, n. 33690/2023, n. 32324/2022, n. 11451/2022, n. 32180/2018 ed altre).

Queste conclusioni vanno attualizzate—nella materia della lesione dell'affidamento—alla luce dell'evoluzione del quadro normativo che ha preso avvio dall'introduzione del comma 2 bis dell'art. 1 della legge n. 241/1990, per approdare, da ultimo, alla disciplina del danno da affidamento nella materia dei contratti pubblici (art. 5 d.lgs. n. 36/2023), normativa che offre nuovi spunti per la soluzione della questione di giurisdizione di cui si discute, oltre che per la messa a fuoco del ruolo svolto dai doveri di buona fede sanciti in via generale dal citato art. 1, comma 2 bis. Il nuovo regime delle procedure ad evidenza pubblica, con riferimento ad una fase precedente all'aggiudicazione in cui la scelta del contraente si compie secondo moduli pubblicistici e con la spendita di poteri amministrativi, pone in evidenza che l'affidamento del privato è connesso all'esercizio di tale potere. L'art. 5 del d.lgs. n. 36/2023 prevede, al primo comma, che nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, e, nel secondo comma, che nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico «sul legittimo esercizio del potere» e sulla conformità del «comportamento amministrativo» al principio di buona fede. Ai sensi del terzo comma del citato art. 5, nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è

limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti «dall'interferenza del comportamento scorretto» sulle scelte contrattuali dell'operatore economico. Nella relazione ministeriale al d.lgs. n. 36/2023 è spiegato che la norma ha recepito i principi formulati dall'Adunanza Plenaria con le sentenze nn. 5/2018, in tema di responsabilità precontrattuale della P.A., e nn. 19/2021, 20/2021 e 21/2021 in tema di attività provvedimentale, nel senso che l'affidamento va inteso come limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi, che di interessi legittimi, e che la lesione dell'affidamento che si produce nell'ambito del procedimento di gara attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere. Pertanto, anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale, la relativa controversia risarcitoria non può che rientrare nella giurisdizione esclusiva che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alle "controversie risarcitorie".

6.1. La stretta connessione tra affidamento ed esercizio del potere amministrativo e la natura amministrativa –non materiale -del comportamento da cui scaturisce l'affidamento tutelabile trovano una esplicita base normativa nel codice dei contratti. Tale connessione non si manifesta solo nella materia contrattuale, ma in ogni ipotesi in cui l'esercizio del potere amministrativo può generare affidamento incolpevole e quindi, particolarmente, nell'attività provvedimentale. I comportamenti che la PA pone in essere in quanto investita del potere/dovere di provvedere risultano almeno mediatamente ricollegabili al potere esercitato nei singoli casi, proprio in virtù del fatto che il danno da lesione dell'affidamento scaturisce dalla violazione dei doveri comportamentali che condizionano il modo in cui il potere della P.A. deve essere esercitato. Nella complessiva vicenda da cui si determina la lesione, le condotte che abbiano causato un affidamento incolpevole, poi deluso, non sono disancorate dal potere che la P.A. è sollecitata ad esercitare vista dell'emissione di un provvedimento ampliativo, ma trovano in tale attività di natura amministrativa la loro stessa ragion d'essere. Esse si svolgono in una cornice in cui i principi di buona fede e collaborazione evocati dall'art. 1, comma 2 bis della legge n. 241/1990, concorrono a conformare l'attività dell'amministrazione, quali proiezioni dei doveri generali che trovano base ordinamentale nell'art. 2 Cost. e che si declinano in tale settore con modalità coerenti con le peculiarità del rapporto giuridico preso in considerazione. In definitiva, il fatto che non sia in discussione e non debba scrutinarsi la legittimità del provvedimento ampliativo o di quello di annullamento non significa che le condotte produttive del danno risarcibile non siano comunque connesse all'esercizio del potere esercitato, nei

singoli casi, dall'amministrazione, ciò per la decisiva considerazione che il potere –che si esprime anche mediante comportamenti –trova un ulteriore ed esplicito limite nelle regole di buona fede e di tutela dell'affidamento, sicché il giudizio sulla responsabilità investe inevitabilmente il modo in cui è esso è stato esercitato, anche se non sotto il profilo del rispetto delle regole di validità. Nel mutato quadro normativo l'art. 1, comma 2 bis della legge n.241/1990, non può relegarsi a norma meramente riassuntiva dei casi in cui la legge sul procedimento amministrativo accorda tutela ad interessi del privato di natura procedimentale(ad esempio: alla celere definizione del procedimento entro un termine ragionevole, al rispetto dell'obbligo informativo che si innesca con l'avvio del procedimento, all'acquisizione di atti e documenti dell'istruttoria procedimentale), né la funzione di modellare l'esercizio del potere al cospetto dell'interesse legittimo (in tal senso, Cass., S.U., n. 8036/2020, par. 21), ma possiede una portata prescrittiva più generale, quale proiezione nel rapporto amministrativo di doveri sanciti dall'art. 2 Cost. Ne consegue che la buona fede che informa i rapporti tra PA e privato è, a un tempo, regola di condotta e metro di valutazione di comportamenti che, pur se non tipizzati dalla norma attributiva del potere, risultano espressione –diretta o indiretta –dell'esercizio del potere e possono dar luogo a responsabilità per i danni anche in presenza di un provvedimento negativo legittimo. Inoltre, comportamento amministrativo non è solo quello meramente attuativo di un provvedimento già emesso, ma anche quello adottato nel corso della relazione dinamica tra Pa e privato innescata dalla richiesta di provvedimento favorevole o posto in essere prima dell'avvio di un procedimento, allorché ad. es. l'amministrazione, fornendo rassicurazioni o informazioni infondate, abbia indotto il privato a richiedere un provvedimento ampliativo nel convincimento, incolpevole, che l'avrebbe certamente ottenuto. Per tutte queste ragioni, va affermato che l'azione di risarcimento del danno per lesione dell'incolpevole affidamento nel rilascio di un provvedimento annullato (o legittimamente negato) è devoluta alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo nelle materie indicate dall'art. 133c.p.a., in tal modo realizzando quell'auspicata concentrazione, limitatamente a tale ambito, degli strumenti di tutela dinanzi ad un unico Giudice (Corte cost. n. 191/2006). Resta ferma, come anticipato in chiusura del paragrafo 5, la giurisdizione del G.O. nei casi che esulano dalle materie affidate alla giurisdizione esclusiva del G.A.

7. Rientra, dunque, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. la domanda proposta dagli attori, giacché afferente alla materia dell'edilizia e dell'urbanistica.

8) Considerazioni conclusive

I due sopra esposti orientamenti interpretativi, della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, sono ovviamente entrambi sostenibili.

In estrema sintesi per la Corte di Cassazione, in assenza di specifici provvedimenti lesivi, come tali di naturale cognizione del Giudice Amministrativo, rileva il comportamento che si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'Amministrazione e il privato, nel cui ambito un atto provvedimento di esercizio del potere amministrativo potrebbe anche mancare del tutto o addirittura essere in sé per sé legittimo; comportamento delle parti che, dunque, deve essere valutato nella sua complessità alla stregua dei principi generali di correttezza e buona fede che contemplano anche la necessità di apprestare tutela all'affidamento incolpevole del privato.

In questa prospettiva quindi non può trovare applicazione l'art. 7 c.p.a. perché ciò che campeggia sono gli obblighi e i correlati diritti relazionali e non i frammenti attizzi o non attizzi che rimangono valutabili come semplici fatti.

Come pure, in una logica di stretto dimensionamento della giurisdizione esclusiva, come imposta dalla lettura di essa fatta dalla Corte Costituzionale, non può trovare applicazione l'articolo 30, comma 2, c.p.a. sulla giurisdizione esclusiva ogni qualvolta la situazione soggettiva fatta valere non sia strettamente collegata all'esercizio del potere.

Questa ricostruzione implica che l'affidamento abbia consistenza di autonomo diritto soggettivo da ricondursi allo schema della responsabilità relazionale ovvero da contatto sociale qualificato da inquadrare, come tale, nell'ambito della responsabilità contrattuale, con tutte le conseguenze in tema di onere della prova, imputabilità, prescrizione e potenziale estensione della risarcibilità al danno emergente e al lucro cessante.

La contrapposta posizione espressa dal Consiglio di Stato nega invece all'affidamento incolpevole la consistenza di diritto soggettivo autonomo ritenendo che esso non sia altro che una sfaccettatura dell'interesse legittimo in quanto situazione soggettiva correlata all'esercizio del potere amministrativo, da intendere quest'ultimo comprensivo anche dell'eventuale non esercizio.

Ciascuna delle due posizioni interpretative poggia, come si è visto, su una pluralità di argomentazioni, talvolta anche estremizzate.

Per un verso, ad esempio, non convince nella posizione della Corte di Cassazione l'insistito richiamo alla buona fede come istituto privatistico, dato che essa connota anche i rapporti pubblicistici; come pure il richiamo alla responsabilità da contatto sociale non è tanto la fonte del diritto al risarcimento quanto una conseguenza; come pure, infine, la affermazione della estraneità rispetto al potere amministrativo della condotta amministrativa lesiva dell'affidamento per giustificare,

fino all'ultimo *revirement* illustrato nel paragrafo che precede, la non riconducibilità del correlato diritto risarcitorio alla giurisdizione esclusiva.

Per altro verso, nella contrapposta posizione espressa dal Consiglio di Stato appare forzato sostenere che il provvedimento originario favorevole ma illegittimo sia lesivo dell'interesse legittimo del suo destinatario; se era favorevole non poteva essere lesivo tant'è che se non fosse rimosso rimarrebbe definitivamente favorevole e pienamente satisfattivo dell'interesse legittimo; inoltre nel caso di affidamento leso da una condotta della P.A che prima promette e poi non mantiene neppure vi è un provvedimento cui ancorare la nascita di un interesse legittimo (pretensivo).

Specie in questa seconda ipotesi in cui l'interesse legittimo non è stato mai soddisfatto sembra evidente che la lesione lamentata dal privato attenga ad un piano meramente comportamentale e quindi più agevolmente si presti ad una sua qualificazione in termini di diritto soggettivo autonomo al risarcimento del danno per violazione della clausola generale di buona fede.

In definitiva, quindi, fermo restando il criterio generale storico di riparto basato sulla distinzione fra situazioni giuridiche soggettive, la posizione del privato leso nel suo affidamento incolpevole appare meglio inquadrabile come diritto soggettivo autonomo come tale di spettanza del Giudice Ordinario.

Tuttavia nelle vaste materie in cui è prevista la giurisdizione amministrativa del Giudice Amministrativo appariva alquanto forzato ritenere che tale diritto soggettivo esulasse da essa in quanto scollegato dal potere esercitato, emergendo al contrario una inerenza di tale diritto ad una serie procedimentale più o meno variamente conclusa o abortita.

Appare quindi apprezzabile il recentissimo mutamento di rotta interpretativa intervenuto con la riportata sentenza n. 26080/2025 con la quale le Sezioni Unite hanno ritenuto che l'affidamento incolpevole maturato nelle materie di giurisdizione esclusiva debba essere tutelato dal Giudice amministrativo.

E' peraltro evidente che questa conclusione, che porta ad avere due giudici diversi a seconda che l'affidamento incolpevole violato riguardi una materia anziché un'altra, può risultare inappagante sotto il profilo dell'unitarietà di trattamento di situazioni giuridiche soggettive equivalenti; tuttavia ciò è quel che accade normalmente per effetto dell'esistenza degli ambiti di giurisdizione esclusiva che fa sì che diritti analoghi siano gestiti dai due distinti ordini giurisdizionali.

Ma questo non sarebbe un grosso problema se non fosse che, in concreto, l'approccio che i due Giudici hanno nei confronti dei diritti soggettivi fatti valere nei confronti della Pubblica Amministrazione è spesso assai diverso.

È innegabile che la soluzione prospettata dal Consiglio di Stato ha il pregio di concentrare la tutela di fronte ad un Giudice, quello amministrativo, che meglio

conosce o dovrebbe conoscere le dinamiche di esercizio o di non esercizio del potere e che, ad esempio, potrebbe in uno stesso giudizio valutare, in tesi, una domanda di annullamento di un provvedimento di autotutela (asseritamente illegittimo) ed in ipotesi conoscere della domanda di risarcimento del danno da affidamento incolpevole nel caso di accertamento della legittimità del provvedimento medesimo; tuttavia detta soluzione, in disparte le considerazioni critiche di sistema espresse dalla Corte di Cassazione, presenta un non trascurabile difetto in punto di effettività della tutela perché la concentrazione predetta avverrebbe di fronte a un Giudice assolutamente non incline a condannare la Pubblica Amministrazione ad un qualsivoglia risarcimento del danno (vedasi, ad esempio, Cons. Stato 28/08/2023 n. 8003; Cons. Stato 25/11/2024 n. 9467).

Di ciò è prova la elencazione dei criteri, che l'Adunanza Plenaria ha esposto nella nelle su richiamate decisioni nn. 19, 20 e 21 del 2021, da applicarsi per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno da affidamento incolpevole e per la relativa quantificazione.

Difatti la giurisprudenza amministrativa normalmente tende a svilire le pretese risarcitorie sia riconducendo in via generale la fattispecie della tutela dell'affidamento incolpevole alla responsabilità precontrattuale (e quindi extra contrattuale) con correlativa limitazione della risarcibilità al solo interesse negativo, sia onerando il privato di una serie di adempimenti in mancanza dei quali il diritto non sarebbe riconoscibile o comunque dovrebbe essere fortemente penalizzato in sede di quantificazione in distorta applicazione dell'articolo 1227 c.c., sia ampliando a dismisura l'area della riconoscibilità dell'illegittimità dell'atto originariamente favorevole da parte del privato beneficiario e quindi della colpevolezza dell'affidamento da lui fatto valere, sia, all'opposto, escludendo o limitando la colpevolezza della Pubblica Amministrazione ritenendo che ogni situazione di incertezza anche normativa implichi in sostanza la mancanza della colpa dell'apparato pubblico, con la conseguenza paradossale che se la situazione di illegittimità era "certa" non spetta il risarcimento perché l'affidamento del privato non è incolpevole mentre se era "incerta" allora non spetta ugualmente il risarcimento perché ad essere incolpevole è la condotta della P.A.

In particolare appare assai discutibile l'affermazione dell'Adunanza Plenaria circa la riconoscibilità da parte del privato dello stato patologico del provvedimento a lui favorevole ogni qual volta assuma la posizione di controinteressato nel giudizio amministrativo; insomma la ricezione della notifica del ricorso implicherebbe automaticamente la colpevolezza del suo affidamento.

Invero anzitutto non si comprende perché mai tale affidamento venga azzerato ove la Amministrazione ritenga in giudizio di difendere a spada tratta il proprio

provvedimento insistendo anche per la sua esecutività, considerando anche la estrema volubilità degli orientamenti giurisprudenziali. In secondo luogo se il provvedimento non viene sospeso, il controinteressato, che nell'ipotesi più frequente è l'aggiudicatario di un appalto, è per così dire "costretto ad affidarsi" perché non può rifiutarsi di stipulare il contratto, pena la revoca dell'aggiudicazione, l'incameramento della cauzione provvisoria, il risarcimento dei danni e l'eventuale iscrizione nel casellario ANAC; inoltre il controinteressato, se non stipulasse il contratto, decadrebbe dall'aggiudicazione con la conseguenza che il ricorrente, che spesso è il secondo in graduatoria, otterrebbe lui l'appalto con correlativa improcedibilità del ricorso proposto; insomma il ricorrente con un ricorso anche infondato otterrebbe il massimo risultato, con vanificazione peraltro del tanto sbandierato principio del risultato, dato che l'aggiudicazione andrebbe a favore a chi non ha presentato la migliore offerta.

In definitiva il suddetto automatismo introdotto e peraltro già più volte applicato dalla giurisprudenza amministrativa, per cui la notifica del ricorso azzerava l'affidamento dell'aggiudicatario-controinteressato, non è accettabile perché la verifica della incolpevolezza presuppone una valutazione complessiva ed in concreto del comportamento delle parti rapportata anche alla qualità degli atti amministrativi e processuali.

Viceversa la proposizione dell'azione di fronte al Giudice Ordinario sembra porre le parti in una situazione di tendenziale effettiva parità nella quale ad essere valutati, senza preconcetti, nella più tutelante prospettiva contrattuale del contatto sociale, sono i complessivi comportamenti tenuti dalle parti, con correlativa presumibile stigmatizzazione del comportamento inerte dell'Amministrazione e correlativo ridimensionamento degli oneri gravanti sul privato che, ad esempio, al fine di poter agire poi per il risarcimento del danno, sarebbe considerato solo facoltizzato e non sostanzialmente obbligato ad esercitare gli strumenti di tutela a sua disposizione come ad esempio il meccanismo processuale del silenzio adempimento o l'azione cautelare.

In definitiva l'ultimo approdo giurisprudenziale in base al quale delle situazioni di affidamento incolpevole conoscerà il Giudice amministrativo oppure Giudice ordinario a seconda che esse siano sorte in una materia rientrante nella giurisdizione esclusiva del primo oppure in altra materia, fa sì che, in sostanza, nella stragrande maggioranza dei casi sarà il Giudice amministrativo ad occuparsi di tale tipologia di contenzioso, visto che le situazioni di cui si tratta sorgono in netta prevalenza nelle materie degli appalti pubblici, della concessione dei beni pubblici o edilizia e urbanistica.

Ed allora sarebbe auspicabile che il Giudice amministrativo, ai fini dell'accertamento e della quantificazione del danno risarcibile, ragionasse finalmente come un Giudice ordinario; ciò ad evitare che a situazioni di affidamento equivalenti finiscano per corrispondere tutele diverse a seconda della materia in cui abbiano a maturare.

Non ci sembra di pretendere troppo!