

## **La lesione dell'affidamento derivante da annullamento di un atto amministrativo ampliativo illegittimo**

L'individuazione del plesso giurisdizionale cui attribuire la cognizione delle controversie in materia di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del privato è un tema ampiamente dibattuto tanto in dottrina che in giurisprudenza, in relazione al quale si è registrato –e tuttora persiste- un netto contrasto tra due orientamenti contrapposti.

**Il primo indirizzo** attribuisce la giurisdizione al giudice ordinario, sul presupposto che **la causa petendi dell'azione di risarcimento** ( la natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati) **non consisterebbe nell'illegittimità del provvedimento**; il danno non sarebbe collegato all'illegittimo esercizio del potere, quanto piuttosto alla lesione dell'affidamento dell'attore verso la legittimità del provvedimento.

A venire in rilievo, dunque, non sarebbe un pubblico potere, bensì un comportamento a questo non connesso, complessivamente lesivo dell'affidamento (qualificato alla stregua di “un diritto soggettivo all'integrità patrimoniale”, che rileva ai fini della responsabilità per violazione dei principi di buona fede e correttezza e rientra nella giurisdizione ordinaria.

**Il secondo indirizzo** afferma invece la giurisdizione del giudice amministrativo in considerazione della circostanza che, diversamente, si ammetterebbe un'inversione logica fra causa petendi della domanda risarcitoria e illegittimità del provvedimento, ritenendo la prima non causalmente ricollegata all'annullamento del provvedimento.

Il conflitto sulla giurisdizione è stato oggetto di analisi anche dottrinali , specie dopo le note **ordinanze “gemelle” della Suprema Corte 6594, 6595, 6596 del 2011** nelle quali il Giudice ha decretato la sussistenza della giurisdizione ordinaria sulle controversie aventi per oggetto il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento subito dal beneficiario di un provvedimento amministrativo illegittimamente annullato.

In altre parole, per la Corte di Cassazione, l'annullamento –in via di autotutela o giurisdizionale- del provvedimento favorevole priva i soggetti , che ne erano stati beneficiari, del diritto conseguito illegittimamente: il ripristino della legalità violata impedirebbe a costoro di accedere alla tutela demolitoria innanzi al GA e, dunque, anche alla tutela risarcitoria consequenziale e aggiuntiva alla prima.

A quel punto, l'avvenuto annullamento del provvedimento favorevole non rilevarebbe quale esercizio di potere amministrativo (o giurisdizionale) e dunque non sarebbe idoneo a collocare dinanzi al GA la controversia che ne nasce: al contrario esso rilevarebbe solo quale “mero comportamento” assunto dalla PA che aveva rilasciato quel provvedimento illegittimo.

In altre parole, ove la P A abbia adottato un provvedimento favorevole ampliativo illegittimo e poi il GA ( su ricorso del controinteressato) o la PA medesima ( in via di autotutela) lo abbiano poi annullato –ripristinando la situazione de jure- l'intera sequenza procedimentale rilevarebbe -per il solo beneficiario – quale atto illecito per violazione del principio del *neminem laederen* sussistendo i presupposti dell'art.2043 cc . L'unica tutela invocabile per il (già) beneficiario (soccombente nel giudizio impugnatorio intrapreso dal suo controinteressato) sarebbe così quella risarcitoria fondata sull'affidamento, relativa a un danno “ che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico” fondandosi su doveri di comportamento in buona fede richiesti dall'ordinamento anche alla PA.

Questa tutela però, ( stante la mancanza di connessione tra danno e il potere pubblico e la consistenza di diritto soggettivo della situazione (affidamento) fatta valere ) non sarebbe riconducibile alla giurisdizione del GA, con conseguente riserva della relativa cognizione del giudice ordinario.

Le critiche a questa lettura ne hanno evidenziato da subito l'incoerenza col sistema di tutela ordinato dalla Costituzione e del codice del processo amministrativo sotto vari profili.

Il primo profilo attiene alla **concentrazione delle tutele**: non vi sarebbe ragione per separare le azioni da intraprendere e i plessi giurisdizionali da adire per ottenere ristoro dall'asserita lesione del proprio affidamento; a ben vedere il *vulnus* al destinatario del provvedimento prima adottato e poi rimosso è stato causato non da un mero comportamento della PA che abbia violato i canoni di buona fede e correttezza bensì dall'esercizio di un potere amministrativo illegittimamente ampliativo.

Il secondo profilo è relativo alla qualificazione “dell'affidamento” :

secondo la Cassazione l'affidamento del privato costituisce una situazione soggettiva ex se, nella specie un diritto soggettivo ( e questo indipendentemente dalla natura del rapporto principale dal quale quella lesione dell'affidamento deriva).

Le domande che si pongono e si sono poste rispetto a quest'impostazione sono dunque : l'affidamento può essere tenuto in separata considerazione rispetto alla vicenda amministrativa sottostante? Tanto da affidarne la protezione ad un organo giurisdizionale diverso rispetto a quello che ha il potere di cognizione su di essa?

O invece il giudice naturale della funzione pubblica dovrebbe conoscere anche di quelle lesioni e di quelle violazioni provocate nell'esercizio del potere pubblico nell'ambito della medesima vicenda sostanziale?

**Il Consiglio di Stato con la Plenaria n°20 del 29.11.2021**, in aperto contrasto con l'orientamento delle SSUU, CHIARISCE che l'affidamento non è una posizione giuridica autonomamente rilevante ma è UN QUID PLURIS, che assume la natura del rapporto principale sul quale si innesta.

Ove quest'ultimo abbia natura privatistica, la lesione dell'affidamento si configurerà come lesione di un diritto soggettivo; viceversa ove il rapporto sottostante presenti caratteri pubblicistici, si configurerà come lesione di un interesse legittimo.

Trattasi piuttosto di un principio generale che, nei rapporti con la PA, si traduce nell'aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo già rilasciato.

L'Adunanza Plenaria è stata adita da plurime ordinanze di rimessione tutte accomunate da una prospettiva pubblicistica del problema; due in particolare fra queste ordinanze, **in materia edilizia, concernevano l'affidamento del privato beneficiario di un titolo abilitativo annullato in sede giurisdizionale**. Venivano dunque in rilievo diversi profili: anzitutto quello del giudice competente a pronunciarsi sulla richiesta risarcitoria di quel beneficiario ( che nel giudizio di annullamento aveva assunto il ruolo di controinteressato, peraltro soccombente) , stante la giurisdizione esclusiva ex art.133 c.1 lett f) cpa (materia urbanistica ed edilizia) ;

in secondo luogo, quello relativo alle condizioni d'esistenza dell'affidamento del (già) beneficiario e della risarcibilità della relativa lesione.

Le due ordinanze di rimessione giungevano all'affermazione della giurisdizione del GA sulla domanda risarcitoria a cagione del fatto che **l'affidamento non è un diritto soggettivo autonomo, bensì una situazione giuridica che "segue" quella principale** e che, dunque va alla cognizione del GO o del GA a seconda che quest'ultima sia -rispettivamente- di diritto soggettivo o d'interesse legittimo.

Nel merito **entrambe le ordinanze** approdavano ad affermare che **il privato beneficiario di un provvedimento ampliativo illegittimo potrebbe vantare un affidamento tutelabile ove questo sia "incolpevole"**, dunque privo di qualunque mala fede o colpa, e -al contempo- la PA non sia incorsa in un comportamento sanzionabile per violazione della correttezza, rimproverabile a titolo di responsabilità aquiliana. Entrambe le ordinanze escludevano in radice che l'affidamento del privato potesse sorgere e concretizzarsi ove il provvedimento fosse stato oggetto d'impugnazione e di annullamento giurisdizionale.

La vicenda che ha dato la stura alla Plenaria ( la questione è sorta in un contenzioso promosso dalla parte ricorrente per la condanna della PA al risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'annullamento di un permesso di costruire per una porzione di lotto di terreno che ella aveva acquistato, ottenendo la voltura del titolo ad edificare. L'annullamento del titolo ad edificare era stato pronunciato su ricorso della proprietaria confinante, promosso nei confronti del dante causa della ricorrente. Risultato vano il tentativo della PA di sanare ai sensi dell'art.38 DPR 38/2001 l'abuso dell'edificazione venutasi a creare in conseguenza dell'annullamento del relativo titolo, la ricorrente ha chiesto il risarcimento dei danni subiti per aver confidato in buona fede nella legittimità degli atti di pianificazione urbanistica e del conseguente permesso di costruire a suo favore poi annullati in sede giurisdizionale).

La Plenaria, a mio avviso correttamente, rileva come la circostanza che l'affidamento sia una situazione accessoria rispetto al rapporto amministrativo principale trovi conferma nel dato normativo: l'art.1 comma 2bis legge 241/1990 dispone infatti che “ i rapporti tra il cittadino e la PA sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede”. Tale disposizione conferma che l'affidamento, corollario dei principi di collaborazione e buona fede, non ha natura esclusivamente privatistica, ma costituisce ormai a pieno titolo principio regolatore del rapporto pubblicistico.

Con la conseguenza che venendo in rilievo il comportamento pubblicistico della PA e posto che, ai sensi dell'art.7 cpa, la giurisdizione amministrativa di legittimità include “i comportamenti riconducibili –anche in via mediata- all'esercizio di tale potere, posti in essere dalla PA” la sentenza della Plenaria conclude affermando la giurisdizione del GA sulla domanda di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento incolpevole del privato destinatario di un provvedimento amministrativo ampliativo illegittimo, successivamente annullato in sede giurisdizionale.

I quesiti posti all'Adunanza Plenaria:

- 1) Se la domanda di risarcimento del danno “formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica” annullata in sede giurisdizionale, e da cui sia derivato l'annullamento dei conseguenti permessi di costruire sia devoluta alla giurisdizione amministrativa e più in generale se questa “sussista sempre” quando si debbano verificare le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto ampliativo illegittimo;
- 2) Nel merito quando possa ravvisarsi “un affidamento incolpevole” che possa essere posto a base di una **domanda risarcitoria anche in relazione al fattore tempo**;
- 3) In ipotesi ed in presenza di affidamento incolpevole “quando si possa escludere la **rimproverabilità della PA**”.

Sicchè per la Plenaria anche l'affidamento è soggetto al riparto di giurisdizione delineato dalla Costituzione e dalla CONSULTA: la sua lesione va alla cognizione del GA sia nel caso di richiesta risarcitoria derivante dall'annullamento di un atto o provvedimento ex art 7 cpa e dunque nella giurisdizione di legittimità sugli interessi legittimi, sia nel caso di azione risarcitoria nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva ( intentata dal controinteressato processuale soccombente nei giudizi su quei rapporti nei quali interessi legittimi e diritti soggettivi sono indistinguibili).

Ora come detto l'affidamento rientra esattamente nella dicotomia interessi legittimi –diritti soggettivi. Ha cittadinanza nei rapporti interprivatistici nell'ambito dei quali nasce; ma trattandosi **di un principio generale** più che di una situazione soggettiva autonoma, esso trova applicazione anche nei rapporti pubblicistici di diritto amministrativo rilevando non come diritto soggettivo ex se, bensì come “principio generale dell'azione amministrativa” che fa sorgere nel destinatario del

provvedimento favorevole l'ASPETTATIVA al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale atto.

In sostanza ciò che viene in rilievo è la FIDUCIA del privato beneficiario nella legittimità del provvedimento e dunque nella stabilità dei suoi effetti favorevoli: quella che viene protetta è la delusione della fiducia (mal riposta) nell'esercizio del potere favorevole.

**Sul punto l'Adunanza Plenaria è estremamente chiara: ove l'Amministrazione "tradisca" la fiducia del privato che aveva confidato nella legittimità e nella stabilità degli effetti del provvedimento lo fa nell'ambito dell'esercizio di un pubblico potere, dunque la giurisdizione è del GA .**

E non vi è distinzione tra beneficiario e controinteressato al provvedimento ampliativo illegittimo: è col medesimo atto amministrativo che la PA può aver danneggiato tanto l'uno quanto l'altro e pertanto non v'è ragione di assegnare la giurisdizione circa le richieste risarcitorie a due giudici diversi.

Riflessioni

Un'Amministrazione che si espone all'adozione di un provvedimento ampliativo illegittimo deve stare attenta due volte, anzi tre: all'annullamento, al risarcimento del controinteressato e del già beneficiario deluso.

Per l'affidamento incolpevole e la tutela continua a tutt'oggi a registrarsi uno scontro tra SSUU e Consiglio di Stato :

In materia di appalti

La Cassazione scollega la fattispecie dal pubblico potere e la riconduce nell'ambito del 2043 , al comportamento

Con la **sentenza 3496 del 06.02.2023 SSUU** la Cassazione ha ritenuto che la responsabilità della PA per il danno derivante dalla lesione dell'incolpevole affidamento –nella fattispecie ingenerato in relazione alla legittimità del piano provinciale delle attività estrattive, poi oggetto di annullamento in sede giurisdizionale- rientra nella giurisdizione del GO, in quanto il pregiudizio individuato non si pone quale diretta e immediata conseguenza dell'illegittimità di un atto o dello stesso esercizio del potere pubblico, bensì come effetto di un comportamento (attivo o omissivo) della PA in cui il provvedimento amministrativo non rileva in sé (quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria) ma come mero fatto che ha dato causa all'evento dannoso.

**Con la sentenza 5441 del 24.02.2024 la Cass SSUU** ha ritenuto sussistente la giurisdizione del GO sulla **domanda risarcitoria avanzata dalla PA appaltante** nei confronti del concorrente aggiudicatario di un appalto di progettazione e lavori, derivante dalla mancata stipula del contratto, con conseguente incameramento della cauzione e relativa domanda di condanna al pagamento, nel caso in cui l'accordo negoziale non si sia perfezionato per fatto imputabile all'aggiudicatario, il

quale ha mancato di adempiere l'obbligo di mantenere, per tutta la durata della procedura concorrenziale, il possesso dei requisiti dichiarati, oltre che di informare la PA del venir meno di tali requisiti.

In tal caso infatti: a) non rileva che abbia avuto luogo l'aggiudicazione e nemmeno che si sia provveduto alla revoca della stessa, dal momento che il giudizio non verte sull'accertamento della legittimità o illegittimità degli atti, ma sulla responsabilità precontrattuale;

b) le norme che attribuiscono al GA la giurisdizione in particolari materie ( art 133 lett e 1) cpa) in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori servizi e forniture- si debbono interpretare nel senso che non vi rientra ogni controversia che in qualche modo riguardi una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva ma solo le controversie che abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri.

Ciò perché trattasi di richiesta afferente non alla fase PUBBLICISTICA DELLA GARA ma a quella PRODROMICA nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza; in tale ipotesi il giudice predetto è chiamato a decidere di una controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata NON conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi.

**Il Consiglio di Stato sez IV 04.04.2024 con la decisione n°3072 ha riaffermato la giurisdizione del GA , sostenendo che non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno avanzata da un'impresa di costruzioni nei confronti del Comune, asseritamente derivante dalla lesione dell'affidamento nella legittimità di alcuni permessi di costruire rilasciati e successivamente annullati in s.g. su ricorsi di alcuni proprietari confinanti, in quanto illegittimi, nel caso in cui:**

- a) A base della domanda risarcitoria sia stata posta la responsabilità della PA comunale, prospettata sulla base del rilievo che l'Ente locale non avrebbe dovuto rilasciare i titoli edilizi, poi annullati nel precedente contenzioso tra le parti, ma avrebbe dovuto **avvedersi dell'illegittimità del progetto di ristrutturazione nondimeno assentito;**
- b) Sia stata comminata all'impresa istante, quale esecutrice dei lavori, una sanzione pecuniaria a titolo di sanatoria ex art.38 del TU 38/2001, in solido con l'immobiliare proprietaria del fabbricato e il direttore dei lavori, ritenuta definitivamente legittima in sg.

All'accoglimento di tale domanda risarcitoria osta l'art.29 del TU dell'edilizia, il cui comma 1 pone quali "responsabili" della conformità degli interventi edilizi assentiti rispetto alla sovraordinata disciplina urbanistica i seguenti soggetti: **il titolare del permesso di costruire, il committente e il costruttore** come tali tenuti al pagamento delle sanzioni pecuniarie e solidalmente alla spese per l'esecuzione in danno in caso di demolizione delle opere abusivamente realizzate, salvo che dimostrino di non essere responsabili dell'abuso.

Quindi la domanda risarcitoria azionata nel presente giudizio si pone in contrasto logico-giuridico con la disposizione di legge ora richiamata, posta a fondamento del rigetto della domanda della medesima parte istante di annullamento **della sanzione dovuta per sanatoria ex art 38 TU** di cui alla precedente sentenza del GA.

Avv. Rossella Verderosa