



**Diritto e Processo Amministrativo** class="voce">

# **Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato (nota a Cons. Stato, II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013)**

di [Clara Napolitano](#)

27 aprile 2021

---

**Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato (nota a Cons. Stato, II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013) di Clara Napolitano**

Sommario: 1. Il caso dinanzi al G.a. e l'ordinanza di rimessione. – 2. Giudice adito, questione di giurisdizione in appello e abuso del processo. – 3. La giurisdizione sulla richiesta risarcitoria per lesione del legittimo affidamento da provvedimento annullato in via giurisdizionale. – 4. *Segue*: i presupposti della tutela. – 5. Conclusioni interlocutorie in attesa della Plenaria.

## **1. Il caso dinanzi al G.a. e l'ordinanza di rimessione.**

L'ordinanza in commento origina da un giudizio nel quale la società ricorrente aveva adito il G.a. al fine di ottenere dal Comune resistente il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale [\[1\]](#) di una concessione edilizia e delle sue varianti.

Il Giudice di primo grado [\[2\]](#) – a fronte dell'eccezione proposta dal Comune e instauratosi il contraddittorio tra le parti – aveva dichiarato la propria giurisdizione, pronunciandosi sulla domanda. Ciò alla luce degli artt. 7 e 133, lett. f) c.p.a. [\[3\]](#): secondo il Tar, il ricorso non si fondava

su un mero comportamento dell'A.c., non collegato all'esercizio di potere, ma sulla circostanza che questa aveva rilasciato un P.d.C. sulla base di un'interpretazione normativa poi rivelatasi errata. Insomma, un'attività amministrativa proceduralizzata[\[4\]](#).

Stante la reiezione della sua domanda nel merito, la ricorrente aveva poi appellato la sentenza, impugnandola anche per difetto di giurisdizione del G.a.: ne è derivata la prima questione – in via pregiudiziale – di cui all'ordinanza di remissione qui commentata, ovvero quella sull'ammissibilità in appello della c.d. auto-eccezione di giurisdizione.

Sul punto, l'ermeneusi del Consiglio di Stato conduce a due approdi.

Per un verso, secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, il soggetto che ha proposto ricorso al Giudice amministrativo non può poi contestarne la giurisdizione[\[5\]](#): ciò perché, anzitutto, quel ricorrente non è risultato soccombente su quel punto; in secondo luogo, perché tale condotta processuale integra un abuso del diritto di difesa, scaturente dal *venire contra factum proprium*, sanzionato con l'inammissibilità del gravame, nonché una violazione del dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo sancita dall'art. 2, comma 2, c.p.a.[\[6\]](#).

A questa consolidata opinione giurisprudenziale fa da contrappeso un'altra, sviluppata dalle Sezioni Unite della Cassazione[\[7\]](#), la quale invece ammette che lo stesso ricorrente proponga la questione di giurisdizione in appello: da ritenersi improponibile in seconde cure solo laddove coperta da giudicato (implicito o esplicito che sia); nondimeno, essa è ammessa in secondo grado – anche proposta dallo stesso ricorrente/attore in prime cure – laddove vi sia un «obiettivo dubbio sulla questione di giurisdizione»[\[8\]](#).

Di logica consequenzialità, la seconda questione rimessa alla Plenaria: ove ammissibile il gravame, a quale Giudice è rimessa la cognizione sulla domanda di risarcimento del danno da provvedimento favorevole annullato?

L'interrogativo pareva ormai sopito con le note ordinanze “gemelle” delle Sezioni Unite del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596[\[9\]](#), per le quali «la domanda risarcitoria proposta nei confronti della pubblica Amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria (anche nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione del diritto soggettivo alla sua integrità patrimoniale oppure (più recentemente) di una lesione all'affidamento incolpevole

quale situazione giuridica soggettiva autonoma, dove l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento»[\[10\]](#).

A quest'orientamento – al quale ha aderito lo stesso Consiglio di Stato[\[11\]](#) – se ne contrappone un altro che, limitatamente alle materie di giurisdizione esclusiva, afferma sussistere il potere di cognizione del G.a.[\[12\]](#).

A differenza della prima questione, su questo punto il Collegio esprime la propria posizione: la quale, nello specifico, è favorevole alla sussistenza della giurisdizione amministrativa. Ciò in quanto la domanda del ricorrente non contesta un comportamento amministrativo ma ha per oggetto il risarcimento dei danni provocati da un'attività amministrativa proceduralizzata e condensatasi in un provvedimento – pur illegittimo – perfettamente esistente, efficace e valido fino all'avvenuto annullamento; quest'ultimo è da ritenersi come momento successivo sul piano cronologico e non rilevante né ai fini della qualificazione della sua situazione soggettiva come diritto (e non – invece – come interesse legittimo), né dell'incardinazione della giurisdizione dinanzi al Tar. Così argomentando, il Collegio rimettente contesta la fondatezza dell'orientamento *pro* giurisdizione ordinaria perché esso «si basa sul presupposto per cui vi sarebbe l'interesse legittimo solo a fronte della illegittima negazione di un bene della vita e non nell'illegittimo riconoscimento del bene. Tale impostazione non appare coerente con il generale criterio di riparto sancito dalla Costituzione che non condiziona la natura delle situazioni soggettive al carattere satisfattivo o meno del provvedimento amministrativo»[\[13\]](#).

La Sezione rimettente approda, di poi, alla terza questione: qualora la Plenaria ritenesse la questione ammissibile nell'*an* e assegnasse la giurisdizione al G.a., devono infatti essere valutati i *presupposti* dell'azione risarcitoria proposta dal privato. Il tema è, dunque, il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo favorevole illegittimo, successivamente annullato in sede giurisdizionale.

Secondo una prima ricostruzione, la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo ha *accertato l'assenza del danno ingiusto*[\[14\]](#) perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo: non può dolversi del danno chi abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto non assentibile; in tal caso il ricorrente avrebbe, sotto il profilo soggettivo, manifestato quanto meno una propria colpa e, sotto il profilo oggettivo, avrebbe attivato con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno[\[15\]](#).

Un diverso orientamento giurisprudenziale è invece favorevole al riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'affidamento del privato nei confronti di un provvedimento illegittimo, annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale, seppur in presenza di stringenti limiti di prova della *colpa* dell'amministrazione, del *danno* subito dall'istante e del nesso di *causalità* tra l'annullamento e il danno [\[16\]](#).

Anche qui, il Collegio esprime la propria adesione: nello specifico, al primo orientamento, il quale nega il diritto al risarcimento.

Questo per due ragioni fondamentali.

Anzitutto perché – secondo le argomentazioni del Collegio – il legittimo affidamento non è un diritto soggettivo, bensì una situazione giuridica soggettiva dai tratti peculiari propri. Perché esso venga a esistenza, invero, occorre che la condotta della p.A. sia quantomeno colposa o in mala fede, tale comunque da far sorgere in capo all'interessato – versante, in modo speculare, in condizione di totale buona fede – un'aspettativa qualificata al conseguimento del bene della vita: la pretesa del privato dev'essere inoltre ragionevole in relazione al quadro ordinamentale applicabile alla fattispecie, e non colposamente assunta come fondata.

In secondo luogo, a differenza dell'esercizio del potere di autotutela, l'annullamento del provvedimento illegittimo avvenuto – come nel caso di specie – per via giurisdizionale esclude in radice l'esistenza di un affidamento legittimo in capo al privato: nei confronti del potere giurisdizionale non può esserci *ab imis*, per la natura terza del Giudice, alcuna aspettativa qualificata – e dunque tutelabile mediante ristoro patrimoniale – all'accoglimento delle proprie ragioni.

Tre, dunque, i gangli fondamentali della rimessione all'Adunanza plenaria:

- se sia ammissibile l'auto-eccezione di giurisdizione;
- in caso affermativo, come su di essa ci si debba pronunciare, se in favore del G.a. o del G.o.;
- in caso di giurisdizione amministrativa, quali siano i presupposti per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno in capo al privato.

Ciascuna delle questioni ora riportate merita, qui, qualche breve riflessione.

## **2. Giudice adito, questione di giurisdizione in appello e abuso del processo.**

Secondo un recente studio sul tema dell'abuso del diritto [17] e, più nel particolare, del diritto *processuale*, in origine il formante giurisprudenziale ammetteva pacificamente l'appello per motivi di giurisdizione proposto dal ricorrente in primo grado, stante il dettato dell'art. 37 c.p.c. per il quale il difetto di giurisdizione è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo. Invero, «la soccombenza che giustifica l'appello sussiste anche quando il ricorrente, soccombente nel merito, abbia visto risolta in suo favore una questione pregiudiziale di rito rilevabile d'ufficio, che, risolta diversamente, gli consentirebbe la riproposizione della domanda» [18]: il Giudice riconosce in capo alla parte l'esistenza di un interesse ad appellare meritevole di tutela, poiché dall'eventuale accoglimento del motivo di gravame sulla giurisdizione discenderebbe l'annullamento dell'impugnata sentenza e la *translatio judicii* davanti al Giudice ordinario. Non è a ciò ostativa l'eventuale contraddittorietà logica del percorso prescelto dal ricorrente: il motivo sulla giurisdizione è comunque idoneo a ovviare alla soccombenza derivante dalla decisione appellata [19].

È poi sopravvenuto il recepimento nell'art. 9 c.p.a. [20] di una «giurisprudenza “creativa” della Cassazione in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione» [21]: secondo la quale il difetto di giurisdizione non è rilevabile per la prima volta in sede di appello.

Secondo le Sezioni Unite [22], qualora il difetto della giurisdizione non sia eccepito dalle parti né rilevato dal Giudice in primo grado, deve ritenersi suscettibile di formazione su di essa un giudicato implicito: il quale, sul piano della coerenza del sistema, ha lo stesso effetto preclusivo del giudicato esplicito, posto che incombe su tutti i soggetti del rapporto processuale l'obbligo di controllare il corretto esercizio della *potestas iudicandi* sin dalle prime battute processuali, in forza dell'art. 37 c.p.c., anche quando la questione non sia espressamente sollevata [23].

Il *revirement* pretorio, poi cristallizzato nella disposizione codicistica del processo amministrativo, ha condotto – tra l'altro – all'affermazione del divieto di *venire contra factum proprium*: il ricorrente che abbia adito l'Autorità giurisdizionale, uscendo dal giudizio soccombente nel merito, non può poi esercitare una sorta di *jus poenitendi* strumentale e contestare in appello la sussistenza di quella giurisdizione da lui stesso adità. La trasgressione di questo divieto costituisce un abuso del diritto, nella specie del diritto processuale [24], per violazione sia del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., sia delle regole di correttezza e buona fede *ex art. 1175 c.c.*, applicati anche sul piano del processo.

I due orientamenti continuano a persistere in reciproca opposizione, sorretti dalle rispettive argomentazioni.

Quello favorevole all'auto-eccezione in appello del difetto di giurisdizione si fonda sulla sostanziale genuinità dell'interesse dell'appellante a ottenere una pronuncia a sé favorevole tramite la *translatio iudicii*: un interesse che non dovrebbe esser letto in via distorta e abusiva dell'istituto processuale, bensì quale pretesa meritevole di tutela da parte dell'ordinamento nell'ottica della pienezza e dell'effettività [\[25\]](#).

Inoltre, la giurisprudenza della Cassazione ha riconosciuto anche un «diritto di avere torto» [\[26\]](#) delle parti che abbiano adito un plesso giurisdizionale e se ne siano poi “pentite”, impugnando la sentenza sulla base dell'interesse che deriva dalla soccombenza nel merito: il gravame, pur censurabile sotto il profilo della coerenza processuale, è ammissibile.

A questo, tuttavia, si oppone l'argomentazione fondata sull'art. 111 Cost. e sull'abuso del processo [\[27\]](#): il “pentimento” costituisce, in realtà, un utilizzo distorto degli istituti processuali, idoneo ad aggravare il processo, a renderlo molto più oneroso per la controparte, utilizzandolo per conseguire una determinata utilità senza avere tuttavia un interesse apprezzabile e meritevole di protezione da parte dell'ordinamento. Questo abuso meriterebbe, dunque, d'esser sanzionato con l'inammissibilità del gravame.

È su quest'ultimo punto che quest'orientamento genera una gemmazione. Secondo alcune sentenze del Giudice di legittimità [\[28\]](#), la sanzione alla condotta contraddittoria di chi adisce un Giudice e poi ne contesta la giurisdizione non dovrebbe essere quella della inammissibilità: l'incoerenza del comportamento della parte dovrebbe, semmai, essere stigmatizzata con la condanna alle spese per trasgressione ai doveri di lealtà e probità, *ex art. 88 c.p.c.*, secondo la disciplina dettata dall'art. 92, comma 1, ultima parte, c.p.c. [\[29\]](#).

La sanzione dell'inammissibilità ha trovato comunque progressivo consolidamento sia dinanzi alla Cassazione sia dinanzi al Consiglio di Stato. Nucleo centrale dell'argomentazione è il c.d. giudicato interno: l'accertamento della giurisdizione non rappresenta un mero passaggio interno della statuizione di merito, ma costituisce un capo autonomo, che è pienamente capace di passare in giudicato, anche se il Giudice si sia pronunciato solo implicitamente sullo stesso.

Pertanto, di fronte a una sentenza di rigetto della domanda, non è ravvisabile una soccombenza del ricorrente sulla questione di giurisdizione; rispetto a questo capo, infatti, questo va considerato vincitore. Essendo tale, non sarà legittimato a contestare il capo sulla giurisdizione e a sostenere che la *potestas iudicandi* spetti a un Giudice diverso.

Si tratta di una posizione estrema, per la quale si può pensare a un diniego di giustizia: si negherebbe, cioè, al ricorrente di adire il suo Giudice naturale preconstituito per legge. Non v'è

dubbio, però, che questo sia comunque un valore presidiato dall'obbligo del Giudice di procedere d'ufficio in primo grado alla verifica della sua *potestas iudicandi* e che vada bilanciato con l'esigenza di speditezza del processo, nonché dall'art. 41 c.p.c., che consente a ciascuna parte di chiedere il regolamento preventivo di giurisdizione [\[30\]](#).

Vale forse la pena allora di porre mente a quell'orientamento – molto minoritario – pure citato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza qui commentata, e apparentemente corrivo: quello che ammette il gravame nel caso di «obiettivo dubbio sulla questione di giurisdizione» [\[31\]](#).

Si disvelano, cioè, fattispecie nelle quali – per la complessità della questione, o il numero di ricorsi, o anche l'incertezza del quadro normativo – è obiettivamente difficile adire il giudice correttamente dotato del potere di *ius dicere*: ciò potrebbe comportare ripensamenti della linea difensiva e necessità di chiarimento che sorgono solo in un secondo momento.

Vien da sé che, in queste fattispecie, risulta fondamentale il potere valutativo del Giudice, al quale è attribuita una discrezionalità nell'apprezzare anche il comportamento delle parti in causa, nonché la questione sottoposta al suo giudizio. Si pensi all'ambito delle concessioni, seguite da contratti, che siano poi oggetto di plurimi ricorsi o giudizi consecutivi. Il ragionevole dubbio del ricorrente non merita, probabilmente, d'esser sanzionato con l'inammissibilità del gravame *tout court*, ma dovrebbe comportare quanto meno una valutazione da parte dell'Autorità giudiziaria in relazione alla complessità della fattispecie *sub iudice*.

È – d'altra parte – la condizione nella quale versa la *querelle* dalla quale origina l'ordinanza in commento: si tratta del giudizio risarcitorio a seguito di annullamento giurisdizionale di provvedimento amministrativo illegittimo. Una fattispecie nella quale i contrasti giurisprudenziali sono ampi e fondati su ragioni fortemente contrastanti, oltre che spesso di difficile profilazione, anzitutto sull'ambito della giurisdizione. Tanto che, appunto, la Sezione remittente segnala alla Plenaria i due orientamenti contrapposti che, come ora si vedrà, sono tutt'altro che chiari.

### **3. La giurisdizione sulla richiesta risarcitoria per lesione del legittimo affidamento da provvedimento annullato in via giurisdizionale.**

La determinazione del Giudice competente a decidere sulla richiesta di risarcimento del danno da lesione del legittimo affidamento per annullamento – in via giurisdizionale o di autotutela – del provvedimento amministrativo illegittimo è la seconda questione-chiave posta dalla Sezione rimettente all'Adunanza plenaria.

La diatriba è molto nota ed esplorata da giurisprudenza e dottrina<sup>[32]</sup> e pareva aver trovato composizione – come detto in apertura – con alcune pronunce della Cassazione che qualificano l’adozione e il successivo annullamento del provvedimento favorevole come un *unicum*, un “comportamento” complessivamente lesivo dell’affidamento del privato, del suo «diritto soggettivo all’integrità patrimoniale»<sup>[33]</sup> e, come tale, rilevante ai fini della responsabilità per violazione dei principi di buona fede e correttezza<sup>[34]</sup> e rientrante nella giurisdizione ordinaria. È opportuno soffermarsi sui passaggi logici di questo orientamento, consolidatosi con le note ordinanze “gemelle” della Cassazione nn. 6594, 6595, 6596 del 2011.

Secondo le Sezioni Unite, l’annullamento – in via di autotutela o giurisdizionale – del provvedimento favorevole priva i soggetti, che ne erano stati beneficiari, del diritto conseguito illegittimamente: costoro perdono, dunque, le facoltà che erano state loro attribuite *contra ius*, così la p.A. (o il Giudice amministrativo) ripristinando la legalità violata. La legittima privazione del diritto conseguente a un provvedimento illegittimamente favorevole (o esercitabile sulla base di quest’ultimo), non consente di accedere alla tutela demolitoria dinanzi al G.a.: ne risulta precluso l’accesso *anche* alla tutela risarcitoria consequenziale, non integrando il risarcimento del danno una materia di giurisdizione esclusiva ma una tutela *ulteriorerispetto* a quella caducatoria.

L’avvenuto annullamento del provvedimento favorevole, dunque, comporta che questo continui a rilevare per il soggetto che ne aveva tratto vantaggio esclusivamente quale “mero comportamento” degli organi che lo avevano rilasciato, rilevante ai sensi dell’art. 2043 c.c. quale atto illecito per violazione del principio *neminem laedere*. L’unica tutela invocabile 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 all’Amministrazione. Questa tutela, però – stante la mancanza di connessione tra il danno e il potere pubblico, e la consistenza di diritto soggettivo della situazione (affidamento) fatta valere – non sarebbe riconducibile alla giurisdizione del G.a., con conseguente riserva della relativa cognizione al Giudice ordinario<sup>[35]</sup>.

Questa lettura non è andata certo esente da critiche: ne è stata subito evidenziata l’incoerenza col sistema del c.p.a., improntato alla concentrazione delle tutele innanzi al Giudice amministrativo, tramite l’attribuzione a questi di *tutti* gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dall’esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l’Amministrazione. Si è osservato, in particolare, che la circostanza che il danno non sia *immediatamente* cagionato dal provvedimento – che appare legittimo – ma emerga solo dopo l’annullamento dell’atto, sia questione che attiene

esclusivamente al piano cronologico. Si tratta di circostanza che invece non incide sulla ricollegabilità diretta del pregiudizio – sul versante eziologico, rilevante ai sensi dell'art. 1223 c.c. – all'adozione del provvedimento amministrativo [\[36\]](#): ne consegue che l'azione caducatoria e quella risarcitoria – anche nel caso di annullamento di un provvedimento amministrativo favorevole illegittimo – ricadono nella giurisdizione amministrativa, essendo comunque inerenti al cattivo esercizio del potere.

Né si può pensare che il radicamento della giurisdizione in base al criterio della *causa petendi* cambi a seconda che il danno sia stato provocato da un provvedimento favorevole o sfavorevole. Secondo l'opinione che radica la giurisdizione dinanzi al G.o., «vi sarebbe l'interesse legittimo soltanto a fronte della illegittima negazione di un bene della vita e non dinanzi nell'illegittimo – e, pertanto, necessariamente instabile – riconoscimento di siffatto bene». Una lettura, questa, che porta inevitabilmente il titolare di un interesse pretensivo illegittimamente insoddisfatto a rivolgersi al G.a. per il danno derivante dall'illegittimo diniego, mentre il titolare di un interesse oppositivo all'eventuale annullamento d'ufficio a rivolgersi al G.o. [\[37\]](#): situazioni soggettive che potrebbero riguardare tanto i destinatari dei provvedimenti quanto i controinteressati, non essendo certo infrequente che un medesimo provvedimento, frutto di un medesimo unico esercizio di potere, generi interessi contrastanti nei soggetti che ne subiscono gli effetti diretti o riflessi.

I commenti critici alle ordinanze “gemelle” hanno peraltro sottolineato che la lesione di un interesse legittimo si configura anche quando la p.A. illegittimamente rilasci al cittadino un provvedimento favorevole [\[38\]](#): basterebbe già questo, quale fonte della lesione, a costituire titolo per chiedere il risarcimento del danno. Ne è derivato un dubbio consistente circa la necessità di far riferimento alla figura dell'affidamento per la tutela risarcitoria [\[39\]](#).

L'orientamento affermativo della giurisdizione ordinaria porta con sé un'altra perplessità: la possibilità di risarcire il danno per la lesione del legittimo affidamento quale situazione soggettiva rilevante *ex se*, pienamente scorporata dal pregresso esercizio di potere amministrativo, degradato a comportamento illecito presupposto *ex art. 2043 c.c.* Ci si è chiesti [\[40\]](#), infatti, se davvero l'affidamento possa esser tenuto in separata considerazione rispetto alla vicenda amministrativa sottostante, tanto da affidarne la protezione a un organo giurisdizionale diverso rispetto a quello che ha il potere di cognizione su di essa.

Al netto delle osservazioni sulla effettiva scorporabilità dell'affidamento rispetto al rapporto amministrativo sotteso, la questione parrebbe condensabile in questa alternativa: se si ritiene

che il danno sia comunque una conseguenza dell'illegittimità del provvedimento favorevole originariamente emanato, la giurisdizione si radicherebbe in capo al Giudice amministrativo; diversamente, qualora si ritenesse che il danno nasce dalla condotta complessiva dell'amministrazione e non dagli effetti del provvedimento, la giurisdizione spetterebbe al Giudice ordinario[41].

L'ordinanza di rimessione qui commentata, prima ancora d'addentrarsi nella qualificazione di questa situazione giuridica soggettiva, opta però – forse anche alla luce dell'ultimo arresto della Cassazione che amplia ancora la giurisdizione ordinaria sulla tutela risarcitoria della lesione del legittimo affidamento[42] – per una forte riconnessione del danno all'esercizio del potere amministrativo. Non v'è dubbio, per il Collegio, che la lesione si sia verificata a seguito di un illegittimo esercizio del potere amministrativo ampliativo, fondato su una interpretazione errata delle norme di riferimento da parte dell'Amministrazione: il fatto che quel provvedimento sia stato poi annullato è un dato che rileva dal punto di vista meramente cronologico, non logico né eziologico del danno.

Il G.a. remittente, in altre parole, si rifà alle osservazioni critiche rispetto alle posizioni assunte dalla Cassazione: il danno non è pervenuto dal “comportamento complessivo” dell'Amministrazione, ma dall'illegittimo esercizio del potere. E, trattandosi nella specie di potere esercitato in materia urbanistico-edilizia, la cognizione non può che rientrare nell'alveo della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lettera f), c.p.a., atteso che l'ordinamento attribuisce, in ossequio al principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, alla cognizione del G.a. *tutti* gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dall'esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l'Amministrazione.

#### **4. Segue: i presupposti della tutela.**

Come anticipato nel paragrafo di apertura di questo commento, qualora la giurisdizione si radicasse innanzi al G.a., l'analisi successiva deve incentrarsi sui presupposti della tutela risarcitoria.

I contrastanti orientamenti, stavolta, guardano alla lesione del legittimo affidamento del privato e sulla necessità (o meno) che sussista l'elemento soggettivo (quanto meno) di colpa d'apparato per farlo valere dinanzi all'Autorità giurisdizionale.

L'opinione della Sezione rimettente è chiara: aderisce all'orientamento più restrittivo per il quale non è sufficiente – ai fini dell'affermazione della responsabilità per danno della p.A. – che il provvedimento avesse concesso al privato il bene della vita successivamente sottrattogli con l'annullamento giurisdizionale. Non è su questo, che si fonda il danno da lesione dell'affidamento.

Ciò sostanzialmente per una ragione. E cioè che – se il provvedimento ampliativo era illegittimo ed è stato quindi annullato – il privato non può – e non poteva – vantare alcun diritto sul bene della vita oggetto di quel provvedimento medesimo. Tanto che, se l'Amministrazione avesse agito *jure*, il privato quel bene non l'avrebbe certo ottenuto.

In altri termini, il privato non può dolersi del danno derivante dall'annullamento di un provvedimento ampliativo illegittimo laddove la sua istanza sia stata «oggettivamente» non assentibile: è una lettura confermata dalla giurisprudenza amministrativa in materia di titoli edilizi [\[43\]](#), la quale responsabilizza anche il privato istante nel momento in cui questi si rivolga alla p.A. e chieda un titolo abilitativo presentando un progetto «oggettivamente» contrario alle norme urbanistico-edilizie, così per un verso manifestando una propria colpa soggettiva e, per l'altro, contribuendo egli stesso al danno inducendo l'Amministrazione in errore.

Residua, così, un limitatissimo margine per la richiesta risarcitoria laddove il Giudice rilevi l'esistenza di un affidamento *legittimo* in capo al privato che sia in buona fede soggettiva, che abbia un'aspettativa *ragionevole* e non fantasiosa al conseguimento – *secundum legem* – del bene della vita chiesto alla p.A. e che – per contro – la p.A. abbia agito con mala fede o colpa tale da far sorgere l'aspettativa nell'interessato (lo si ripete, in totale buona fede): condizioni insomma molto restrittive.

A questo orientamento fa da contraltare un altro – che ha il suo terreno d'elezione nelle controversie aventi per oggetto l'annullamento di atti di gara, quindi un tema dominato dalla giurisprudenza europea che ne ha tratteggiato i profili di responsabilità oggettiva [\[44\]](#) – per il quale invece c'è spazio per il ristoro patrimoniale derivante dalla lesione dell'affidamento quando la p.A. abbia agito in violazione dei principi di correttezza e buona fede. Ciò in ragione del principio più generale secondo il quale l'Amministrazione è tenuta, nello svolgimento della propria attività, a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può fare nascere una responsabilità da comportamento

scorretto, incidente 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 derivanti dall'altrui scorrettezza<sup>[45]</sup>. Ciò implica che il Giudice – pur nella legittimità dell'agire della p.A. anche in via di autotutela – non è esentato dall'indagare eventuali profili di responsabilità dell'apparato pubblico<sup>[46]</sup>. Ora, questa violazione degli obblighi di correttezza e buona fede può rilevare *ex se*<sup>[47]</sup> – come è nella disciplina degli appalti – oppure richiedere *anche* la prova dell'elemento soggettivo della colpa d'apparato<sup>[48]</sup>.

Come detto, il Collegio propende per l'orientamento più restrittivo che richiede una rigida analisi della buona fede del privato e della oggettiva ragionevolezza della sua pretesa nei confronti della p.A.; con un passaggio tuttavia curioso, nel quale specifica che – in linea generale – il legittimo affidamento *non è un diritto soggettivo*, ma è «un istituto giuridico che taglia trasversalmente l'intero ordinamento giuridico», «una situazione giuridica soggettiva dai tratti peculiari propri». Come tale, esso non è tutelabile se non in ragione degli stringenti requisiti di cui sopra di buona fede (oggettiva e soggettiva) del privato nonché di assenza *assoluta* di sua colpa, nonché di un atteggiamento malevolo o colposo della p.A..

Ma non è l'unico passaggio degno di riflessione.

Il Collegio opera una distinzione circa il rilievo, nella lesione dell'affidamento, del *tipo* di annullamento del provvedimento intercorso: traccia una linea di demarcazione tra annullamento (o anche revoca) in via di autotutela e annullamento in sede giurisdizionale. Collegando solo al primo le conseguenze in tema di danno da lesione del legittimo affidamento: viceversa, secondo le parole dell'ordinanza, «l'annullamento del provvedimento amministrativo in sede giurisdizionale non può mai ridondare in una lesione di un affidamento legittimo, idonea a fondare una domanda risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione».

Ciò in quanto a fronte del medesimo *petitum* risarcitorio, ovvero il ristoro del danno da lesione del legittimo affidamento, le *causae petendi* sono differenti a seconda che l'annullamento sia avvenuto in sede di autotutela o giurisdizionale.

Nel primo caso, «l'eventuale affidamento del privato (ammesso che vi sia) verrebbe pregiudicato da un condotta dell'Amministrazione, la quale modifica unilateralmente, *melius re perpensa* o alla luce di sopravvenienze, l'assetto d'interessi precedentemente delineato nell'esercizio del suo potere pubblicistico»: come dire, ammesso che il privato possa vantare un qualunque affidamento (nei ristrettissimi margini consentiti dall'orientamento più rigido) su un provvedimento ampliativo, questo verrebbe leso dall'esercizio di un potere amministrativo; nel

caso di annullamento da parte del G.a., il potenziale affidamento verrebbe leso «da un provvedimento promanante dal potere giurisdizionale, nei cui confronti non può esserci in radice, per la natura terza del giudice, alcuna aspettativa qualificata – e dunque tutelabile mediante ristoro patrimoniale – all'accoglimento delle proprie ragioni».

Il passaggio è gravido di conseguenze sulla tutela risarcitoria, ed è potenzialmente in grado di scardinare la giurisprudenza ormai cristallizzata per la quale il provvedimento illegittimo ampliativo favorevole e il suo successivo annullamento – in via giurisdizionale o di autotutela – costituiscono presupposto tecnico-giuridico di una lesione che ha arrecato un danno al privato.

Se, cioè, per una considerevole parte del diritto vivente ci si trova dinanzi a «una fattispecie complessa in cui l'emanazione di un provvedimento favorevole, che venga successivamente annullato, in sede giurisdizionale, in quanto illegittimo, si configura solo come uno dei presupposti dell'azione risarcitoria che si fonda altresì sulla capacità del provvedimento di determinare l'affidamento dell'interessato e la lesione del suo patrimonio, che consegue a tale affidamentoe alla sopravvenuta caducazione del provvedimento favorevole»[\[49\]](#), l'ordinanza in commento – ove dovesse trovare condivisione in Plenaria – eliminerebbe *ab imis* la possibilità di chiedere il risarcimento per lesione dell'affidamento in caso di annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo favorevole.

## **5. Conclusioni interlocutorie in attesa della Plenaria.**

Il percorso dell'ordinanza di rimessione porta ad alcune riflessioni.

Anzitutto, l'auto-eccezione di giurisdizione da parte del ricorrente-appellante: entrambi gli orientamenti hanno alla base condivisibili argomentazioni circa la logica, la coerenza e la correttezza nell'uso degli strumenti processuali. L'inammissibilità del gravame sembra ancora la soluzione maggiormente condivisa: non v'è chi non veda, tuttavia, il pericolo che questa conduca a un diniego di giustizia laddove sulla controversia si sia pronunciato un Giudice sulla cui giurisdizione – anche se solo in grado d'appello – sia stata sollevata eccezione. D'altra parte, il timore di un utilizzo strumentale dell'auto-eccezione per fare turismo giustiziale è anch'esso fondato e trova appunto nella sanzione dell'inammissibilità una soluzione in grado di arginare questa pratica. Resterebbe da esplorare – ed eventualmente da costruire – la categoria delle ipotesi nelle quali vi sia il paventato «dubbio oggettivo sulla giurisdizione»: se dovesse trovare accoglimento questo “fontanazzo”[\[50\]](#) nella diga dell'inammissibilità delle auto-eccezioni sulla giurisdizione, non v'è dubbio che il diritto pretorio si rivelerà essenziale nel delinearne i profili applicativi.

Quanto poi alla giurisdizione sulla richiesta risarcitoria da lesione dell'affidamento: il conflitto tra gli orientamenti è assestato ancora sul crinale tradizionale del collegamento diretto o mediato al potere amministrativo, o meno. Di poi, in modo condivisibile, il Collegio mette in luce – come già attenta dottrina aveva fatto – la pericolosità di rimettere il criterio discrezivo della giurisdizione al contenuto del provvedimento e, dunque, alla natura degli interessi legittimi a esso legati (se pretensivi od oppositivi), pena la gemmazione di più giudizi, lasciati a più plessi giurisdizionali, per i danni conseguenti all'esercizio di un medesimo potere amministrativo. Il Collegio rimettente si colloca nella scia più tradizionale della giustizia amministrativa, e richiama a sé la giurisdizione sulla richiesta risarcitoria per danno da lesione del legittimo affidamento sulla scorta del fatto che questo è derivato – direttamente o mediamente – da un esercizio illegittimo in prima battuta del potere amministrativo, che non può essere relegato a mero presupposto fattuale quale parte di un “comportamento” dannoso.

Ma la parte più interessante è quella relativa ai presupposti della tutela risarcitoria: rigidissimi, per il Collegio, perché il legittimo affidamento non sarebbe un diritto soggettivo ma una situazione peculiare dotata di precisi e ristretti margini d'esistenza. Nessuno, peraltro, nel caso in cui il privato lamenti il danno subito per l'annullamento in via giurisdizionale di un provvedimento ampliativo illegittimo: ipotesi nettamente distinta da quella dell'annullamento in via di autotutela.

Questa ricostruzione genera qualche perplessità.

Andando con ordine. Nelle parole del provvedimento qui annotato, la ragione per la quale l'annullamento giurisdizionale non può dare adito ad alcuna richiesta risarcitoria per lesione dell'affidamento starebbe nel fatto che – stante la terzietà del Giudice – il privato non può muovere alcuna pretesa in merito all'esercizio del potere *di jus dicere*. Come dire: se l'Amministrazione autoannulla un proprio precedente provvedimento, esercita un potere nei confronti del quale possono sorgere pretese; se quel medesimo potere promana da un Giudice, non c'è alcuno spazio per quelle medesime pretese.

Le argomentazioni appaiono piuttosto criptiche, se non proprio apodittiche. A chi scrive pare che una possibile chiave del ragionamento del Giudice stia nella ricostruzione del legittimo affidamento quale istituto generale: ovvero la incolpevole situazione che spinge qualcuno a confidare nella coerenza dei comportamenti del suo interlocutore. Questo sembrerebbe implicare che, nel caso in cui la p.A. eserciti l'autotutela, dovrebbe rispondere di un comportamento contraddittorio, ove questo abbia prodotto un danno (la cui prova è comunque

rimessa al privato che ne reclama il ristoro); ove invece la rimozione del provvedimento avvenga per statuizione del Giudice, e dunque per esercizio di un potere terzo, la contraddittorietà nel comportamento dell'Amministrazione mancherebbe, e dunque verrebbe meno il presupposto della lesione dell'affidamento.

Così congegnata, questa lettura presta il fianco a rilievi critici.

Anzitutto, essa omette di considerare che la figura chiamata istituzionalmente a rilevare l'esistenza di un legittimo affidamento è proprio il Giudice. Pertanto, per un verso, pare affermare che l'esercizio del potere giurisdizionale impedirebbe la configurazione del legittimo affidamento, così impedendo *tout court* la possibilità di ricevere tutela per chi ne lamenti la lesione; per altro verso, omette di ricordare che proprio il potere del Giudice serve a valutare se vi sia stata lesione o meno del legittimo affidamento derivante dall'incolpevole *confiance* sull'apparente legittimità di un provvedimento amministrativo ampliativo e, in caso affermativo, a erogare la tutela risarcitoria. Non si può dimenticare, invece, che Giudice ripristina la legalità violata e riporta la situazione *secundum legem*: questo, tuttavia, non lo esime dall'esaminare – ove esistente – il danno provocato *non* dal suo annullamento, bensì dal provvedimento ampliativo illegittimo.

Non si comprende, poi, il richiamo alla terzietà del Giudice: per il Collegio, “terzietà” implicherebbe l'impossibilità per la parte processuale di muover pretese nei suoi confronti; in realtà, la natura terza dell'organo giudicante è, per un verso, garanzia d'imparzialità, per altro verso, requisito necessario per la composizione di una controversia. Il richiamo, pertanto, parrebbe inconferente rispetto al tema dell'insorgenza di un legittimo affidamento del quale chiedere tutela.

Infine, il passaggio logico secondo il quale l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo favorevole illegittimo impedirebbe *ab imis* la configurazione del legittimo affidamento contrasta con il ragionamento presupposto del Collegio: per il quale – lo si ricorda – l'annullamento (in autotutela o giurisdizionale) è vicenda che *non rileva* dal punto di vista dei presupposti tecnico-giuridici per la configurazione dell'affidamento (e dunque comporta l'assegnazione del potere di cognizione alla giurisdizione amministrativa, non ordinaria).

Ciò che non rilevava ai fini della giurisdizione rileverebbe, invece, e per ragioni che restano piuttosto criptiche nelle trame dell'ordinanza, ai fini della fondatezza della richiesta risarcitoria per lesione dell'affidamento.

Pare, cioè, che il Giudice – quando si parla della fondatezza – non stia più valutando l'esercizio illegittimo del potere ampliativo (che, nella prima parte dell'ordinanza, sarebbe stato causativo della lesione), bensì stia dando rilievo proprio al “comportamento complessivo” tenuto dalla p.A.: per un verso il Giudice sostiene la connessione del danno al potere amministrativo per richiamare a sé la giurisdizione; per altro verso – pur parlando di *potere* – in realtà il Giudice medesimo sembra negare la risarcibilità del danno perché non sussisterebbe il *comportamento* tipico che fonda la lesione dell'affidamento legittimo per *ius commune* ovvero la violazione del divieto di *venire contra factum proprium*.

Alla luce delle perplessità che l'ordinanza genera, specie in tema di presupposti della richiesta risarcitoria per lesione dell'affidamento, l'intervento della Plenaria diventa quanto mai necessario, posto che l'eventuale condivisione della lettura del Collegio rimettente potrebbe condurre alla negazione di tutela per tutti coloro che abbiano fatto incolpevole affidamento sulla legittimità di un provvedimento ampliativo e se lo siano poi visto annullare in sede giurisdizionale, subendone dei danni patrimoniali non più ristorabili.

**[1]** Disposto da Tar Pescara, I, 9 gennaio 2006, n. 11, confermata in appello da Cons. Stato, IV, 11 aprile 2007, n. 1672, e ulteriormente avvalorata dal rigetto di ricorso per revocazione, mediante decisione del medesimo Cons. Stato, IV, 12 maggio 2008, n. 2166.

**[2]** Tar Pescara, I, 20 giugno 2012, n. 293.

**[3]** Quale esercizio di potere amministrativo in materia urbanistico-edilizia.

**[4]** Queste le parole del Tribunale amministrativo: «questo Collegio rileva come nella fattispecie in esame non ci si trovi in presenza di un atto nullo o inesistente, o assunto a termini scaduti e quindi in carenza di potere, nel qual caso l'operato dell'amministrazione potrebbe ricondursi ad un mero comportamento, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, ma *di fronte ad un atto formale amministrativo assunto dal Comune sulla base di un'interpretazione consolidata della normativa comunale applicabile e condivisa dalla stessa ditta ricorrente*» (corsivo di chi scrive). Per questa ragione, secondo il G.a., si ricadeva in fattispecie differente da quella decisa da Cass. SS.UU., 23 marzo 2011, n. 6594, secondo cui la lesione del legittimo affidamento del privato da parte dell'Amministrazione a un mero comportamento illecito posto in violazione del principio del *neminem laedere*, dunque ricadente nella giurisdizione ordinaria.

**[5]** Il problema investe, più in generale, il rapporto tra giurisdizioni e coinvolge anche l'ambito penalistico. Per M. Caputo, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Iurisprudentia.it*, 2016, p. 11, «L'abiura della giurisdizione adita *ab origine* si tradurrebbe, secondo l'orientamento negativo, in un prolungamento dei tempi della definizione del giudizio per ragioni meramente opportunistiche e strumentali. Peraltro ammettere l'auto-eccezione in appello vorrebbe dire riconoscere alla parte soccombente nel merito la possibilità per questi di ricusare *ex post* il giudice – *rectius*: la giurisdizione – in base all'esito della controversia».

**[6]** A questo proposito il Collegio cita numerosi precedenti giurisprudenziali: *ex aliis*, Cons. Stato, V, 19 settembre 2019, n. 6247; Id., 13 agosto 2018, n. 4934; Id., 27 marzo 2015, n. 1605; Id., 7 febbraio 2012, n. 656; Cons. Stato, III, 31 maggio 2018, n. 3272; Id., 1 dicembre 2016, n. 5047; Id., 26 ottobre 2016, n. 4501; Id., 13 aprile 2015, n. 1855; Id., 7 aprile 2014, n. 1630; Cons. Stato, IV, 22 maggio 2017, n. 2367; Id., 21 dicembre 2013, n. 5403; Cons. Stato, VI, 8 aprile 2015, n. 1778; Id., 8 febbraio 2013, n. 703.

**[7]** Cass., SS.UU., 27 dicembre 2010, n. 26129; Cass., SS.UU., 29 marzo 2011, n. 7097; Cass., SS.UU., 27 luglio 2011, n. 16391; Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1006; Cass., SS.UU., 20 maggio 2014, n. 11022; Cass., SS.UU., 28 maggio 2014, n. 11916; Cass., SS.UU., 19 giugno 2014, n. 13940; nonché Cons. Stato, V, 9 marzo 2015, n. 1192.

**[8]** Per esempio in materia di concessioni, v. Cons. Stato, n. 1192/2015, cit.: «pur avendo ripetutamente statuito che lo strumento tipico per risolvere la questione di giurisdizione prima che sia definito anche solo in parte il merito della controversia è il regolamento preventivo di giurisdizione, rispetto alla cui proposizione è pertanto legittimata anche la parte attrice o ricorrente (sentenza 23 aprile 2001, n. 174, ordinanze 25 luglio 2002, n. 10995, 6 luglio 2004, n. 12412, 14 gennaio 2005, n. 603, 21 settembre 2006, n. 20504, 27 gennaio 2011, n. 1876, 12 luglio 2011, n. 15237, 24 aprile 2014, n. 9251), nondimeno, in una recente pronuncia le stesse Sezioni unite hanno escluso che il divieto di abuso del processo sia violato dalla parte che abbia contestato la giurisdizione amministrativa da lui stesso adita, mediante motivo d'appello ai sensi dell'art. 9 del codice del processo di cui al d.lgs. n. 104/2010, in una controversia in cui il dubbio obiettivamente si poneva ed in relazione alla quale scaturiva quindi una “*necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione*” (sentenza 19 giugno 2014, n. 13940)».

**[9]** Seguite da altre ordinanze conformi: Cass., SS.UU., 4 settembre 2015, n. 17586; 22 maggio 2017, n. 12799; 22 giugno 2017, n. 15640; 2 agosto 2017, n. 19171; 23 gennaio 2018, n. 1654; 2 marzo 2018, n. 4996; 24 settembre 2018, n. 22435; 13 dicembre 2018, n. 32365; 19 febbraio 2019, n.

4889; 8 marzo 2019, n. 6885; 13 maggio 2019, n. 12635; 28 aprile 2020, n. 8236.

**[10]** Queste le parole della stessa ordinanza qui commentata.

**[11]** Cons. Stato, V, 27 settembre 2016, n. 3997; Cons. Stato, IV, 25 gennaio 2017, n. 293; Id., 20 dicembre 2017, n. 5980; Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

**[12]** Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 857; Tar Pescara, I, 20 giugno 2012, n. 312; nonché ordinanze Cass. SS. UU., 21 aprile 2016, n. 8057 e 29 maggio 2017, n. 13454 per l'ipotesi di annullamento di autotutela di provvedimento di affidamento di servizio pubblico.

**[13]** Sicché questa soluzione «potrebbe condurre a esiti disarmonici, in quanto, in base ad essa, laddove il risarcimento venga chiesto dal controinteressato per i danni causatigli da un provvedimento illegittimo, vi sarebbe giurisdizione del giudice amministrativo su tale domanda, mentre, qualora la domanda risarcitoria sia proposta dal soggetto destinatario del medesimo illegittimo provvedimento a lui favorevole, la giurisdizione si radicherebbe presso l'autorità giudiziaria ordinaria»: il che contrasta con la lettura costituzionalmente orientata della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, non attinente certo alla differente soggettività delle parti di fronte a un medesimo esercizio di potere amministrativo.

**[14]** Così Cons. Stato, V, 17 gennaio 2014, n. 183.

**[15]** Cfr. Cons. Stato, IV, 29 ottobre 2014, n. 5346.

**[16]** Cons. Stato, IV, 20 dicembre 2017, n. 5980; Tar Campania, Napoli, VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017, che riconduce la tematica *de qua* alla responsabilità precontrattuale.

**[17]** G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

**[18]** Cons. Stato, VI, 10 settembre 2009, n. 5454.

**[19]** In questo senso anche Cons. Stato, V, 5 dicembre 2008, n. 6049; Cons. Stato, IV, 24 febbraio 2000, n. 999.

**[20]** In base al quale «Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione».

**[21]** G. Tropea, *L'abuso*, cit., p. 38.

**[22]** Cass., SS.UU., 9 ottobre 2008, n. 24883. Sulla pronuncia, tra i numerosi commenti, v. M.A. Sandulli, *Dopo la "translatio iudicij", le Sezioni Unite riscrivono l'art. 37 c.p.c. e muovono un altro*

passo verso l'unità della tutela (a primissima lettura in margine a Cass., SS.UU., 24883 del 2008), la quale trae dalla pronuncia echi di unità della tutela nei rapporti tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, sottolineando la necessità – in ragione dei principi di equità e ragionevole durata del processo – di concentrare innanzi al Giudice amministrativo le controversie in materia di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto; v. anche M. Lipari, *La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla Camera dei Deputati (AS-1082): certezze e dubbi*; R. Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, tutti in *Federalismi.it*, n. 24/2008.

**[23]** Continua la pronuncia: «In altri termini il giudice deve innanzi tutto autolegittimarsi (art. 276, comma 2, c.p.c.) ed eventualmente rilevare subito il difetto di giurisdizione (art. 37 c.p.c.) e, quindi, il suo silenzio equivale a una pronuncia positiva così come il silenzio delle parti vale acquisenza (art. 329 c.p.c.)».

**[24]** Il principio risulta tutt'ora consolidato, v. per esempio Cons. Stato, II, 2 dicembre 2020, n. 7628: «Ai sensi degli artt. 74 e 88 comma 2 lett. d), c.p.a., è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che aveva adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado; tale regola processuale trova infatti fondamento nel divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche, in quanto vige nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (divieto che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto), in cui si inserisce anche l'abuso del processo».

**[25]** V. in proposito i commenti a Cass., SS.UU., 20 ottobre 2016, n. 21260: tra gli altri, G.G. Poli, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, in *Il Foro it.*, 2017, I, cc. 977 ss.; A. Travi, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, *ivi*, cc. 983 ss.; F. Auletta, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può più contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, *ivi*, cc. 986 ss. V., inoltre, R. Villata, *La giurisdizione e il suo processo sopravviveranno ai "cavaliere dell'apocalisse"*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2017, pp. 106 ss.; Id., *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, *ivi*, n. 4-5/2017, pp. 1093 ss.

**[26]** Letteralmente da Cass., SS.UU., 29 marzo 2011, n. 7097, la quale puntualizza: «Il ricorso è ammissibile perché sulla questione di giurisdizione non si è formato il giudicato, né implicito, né esplicito. Come è noto, secondo la giurisprudenza di questa Corte, anche dopo l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 37 c.p.c., che ne ha delineato l'ambito applicativo in senso restrittivo, la questione di giurisdizione può essere sempre sollevata, anche in relazione alla sentenza di appello, quando una delle parti (non importa quale) abbia sollevato tempestivamente la questione stessa con i motivi di appello. Infatti, la portata dell'art. 37 c.p.c. riacquista la sua massima espansione quando il tenore della decisione (che attenga al rito o al merito, o ad entrambi) sia tale da escludere qualsiasi forma di decisione implicita o esplicita sulla giurisdizione (Cass. 24883/2008), ovvero quando la questione sia emersa entro i limiti cronologici consentiti, come nella specie».

**[27]** Su cui, oltre al già citato Tropea, v. anche, tra gli altri, M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'abuso della tutela giurisdizionale*, Milano, 2004; Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; Id., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 445 ss.; C.E. Gallo, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 1005 ss.; N. Paolantonio, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, pp. 1 ss.; G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 1138 ss.; S. Baccarini, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, ivi, pp. 1203 ss.; G. Tropea, *Spigolature in tema di abuso di processo*, ivi, pp. 1262 ss.; G. D'Angelo, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, pp. 181 ss., nota a Cons. Stato, V, 29 ottobre 2014, n. 5346.

**[28]** Tra cui Cass., SS.UU., 27 dicembre 2010, n. 26129 e la già citata Cass., SS.UU., n. 7097/2011.

**[29]** Cass., SS.UU., n. 7097/2011: «il comportamento della parte la quale soltanto all'esito del giudizio di appello solleva la questione di difetto di giurisdizione del giudice da lei stesso adito (dopo avere contrastato la stessa eccezione formulata dalla controparte) costituisce violazione del dovere di lealtà e probità delle parti, di cui all'art. 88 cod. proc. civ.. Trattasi di un comportamento processuale idoneo a pregiudicare il diritto fondamentale della parte ad una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 Cost.. Pertanto tale condotta può determinare l'applicazione dell'art. 92 cod. proc. civ., comma 1, ultima parte secondo il quale, il giudice, a prescindere dalla soccombenza può condannare una parte al rimborso delle spese che, in violazione dell'art. 88 cod. proc. civ., ha causato all'altra parte (v. Cass. 18810/2010)».

**[30]** V. in proposito le riflessioni di S. Pignataro, *L'auto-eccezione del difetto di giurisdizione: profili problematici e spunti ricostruttivi*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019.

**[31]** Si tratta di Cons. Stato, n. 1192/2015, cit.

**[32]** Si segnalano qui, tra gli innumerevoli contributi, quelli di G.P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2016, pp. 483 ss.; C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, pp. 564 ss.; F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 24/2011; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *Federalismi.it*, n. 7/2011; P. Chirulli, *Responsabilità da comportamento. Report annuale 2011*, in *Jus Publicum*, [www.jus-publicum.com](http://www.jus-publicum.com), 2011; da ultimo – più in generale sulla tutela dell'affidamento alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali della Cassazione – v. anche M. Filippi, *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 11 febbraio 2021.

**[33]** Così Cass., SS.UU., ord. 4 settembre 2015, n. 17586: «L'azione di risarcimento dei danni per l'affidamento incolpevole del beneficiario del provvedimento amministrativo emesso illegittimamente e poi rimosso per annullamento in autotutela divenuto definitivo o per annullamento in sede giurisdizionale spetta alla giurisdizione del G.o.; il solo fatto che nella fattispecie rilevi l'agire della p.a. che ha portato all'adozione del provvedimento favorevole illegittimo non giustifica che la lesione che si manifesta *ex post* quando tale provvedimento viene rimosso, e fa sorgere eventuale diritto al risarcimento del danno da affidamento incolpevole, sia riferibile all'interesse legittimo che il beneficiario aveva in relazione a quell'agire, e ciò in quanto quell'interesse pretensivo non era già l'interesse all'agire legittimo della p.A., bensì quello all'emanazione del provvedimento ampliativo, che è stato, sia pure illegittimamente, soddisfatto. Ciò che viene in rilievo successivamente all'annullamento è piuttosto il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, con conseguente giurisdizione del G.o.». A commento di quest'ordinanza, cfr. M. Sinisi, *Annnullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2015, pp. 1059 ss.

**[34]** Cass., SS.UU., ord. 22 giugno 2017, n. 15640, statuisce che la responsabilità da annullamento in autotutela della p.A. non ricade né nella responsabilità aquiliana né in quella contrattuale, pur essendo più vicina a quest'ultima a causa del “contatto” qualificato tra le parti; la posizione giuridica ricoperta dal privato, peraltro, non ricadrebbe nell'interesse legittimo ma sarebbe «assimilabile» al diritto soggettivo.

**[35]** Le perplessità espresse sul punto, all'epoca dell'emanazione delle ordinanze, da M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 11, sono chiare e condivisibili, poiché «il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico e coerentemente la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo: tanto più se esso ha già conosciuto in sede cognitoria della sua legittimità (su ricorso del terzo leso nel suo interesse oppositivo o del destinatario leso dal suo annullamento d'ufficio)». Questo a meno che la situazione di legittimo affidamento non sia considerata diritto soggettivo, tutelabile innanzi al Giudice ordinario: orientamento, questo, progressivamente consolidatosi negli anni successivi.

**[36]** Lo evidenzia con chiarezza M. Filippi, *Il principio dell'affidamento*, cit., p. 4.

**[37]** Con ulteriore complicazione qualora l'annullamento d'ufficio sia esercitato su istanza di un terzo controinteressato al provvedimento ampliativo di primo grado: cfr. M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2011, p. 896 ss., spec. p. 809.

**[38]** C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, pp. 564 ss., spec. p. 569-570: «l'interesse legittimo vantato dal cittadino [...] è sempre il medesimo, e cioè è la pretesa ad un provvedimento (non solo) favorevole (ma anche) frutto dell'attività legittima dell'amministrazione [...]. [...] l'interesse legittimo non può essere disgiunto dalla legittimità del provvedimento; e ciò innanzitutto perché l'interesse legittimo è attribuito al cittadino in relazione a vicende nelle quali all'Amministrazione è attribuito un potere, che per definizione deve essere esercitato legittimamente al fine di perseguire il pubblico interesse, cosicché la coesistenza armoniosa delle due posizioni, interesse legittimo e potere, vi è soltanto se entrambe corrispondono al diritto. L'interesse legittimo, inoltre, è correlato al legittimo esercizio del potere, nel senso che lo richiede, perché nel nostro ordinamento [...] non è ipotizzabile che vi sia una posizione di vantaggio che possa essere acquisita e mantenuta anche se è frutto di un'attività illecita o comunque contrastante con il diritto». Della stessa opinione è M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo*, cit.; viceversa, secondo F.G. Scoca, *L'interesse*

legittimo. *Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 462 ss., la legittimità del provvedimento ampliativo è una qualità affatto indifferente per il privato destinatario, il quale più semplicemente mira al conseguimento e alla stabilità degli effetti di quel provvedimento.

**[39]** Cfr. A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 2011, I, p. 2398.

**[40]** F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito*, cit., p. 9, così si esprime: «è proprio incontrovertibile che l'affidamento sia un diritto soggettivo (o un interesse legittimo)? O meglio, è sicuro che esista un diritto all'affidamento o un diritto alla correttezza dell'azione amministrativa svincolato dalla vicenda amministrativa autoritativa? Cioè si è sicuri che la lesione dell'affidamento e la violazione della correttezza – che resta uno dei vizi di legittimità del procedimento amministrativo da tempi “sandulliani” e quindi costituisce un “parametro” del sindacato – diano invece luogo a posizioni soggettive autonome svincolate dalla vicenda sostanziale cui si riferiscono e idonee a essere riparate da un giudice diverso da quello della vicenda sostanziale? Cioè, si possono scorporare correttezza, non discriminazione, buon andamento, ecc. dal procedimento amministrativo e quindi dal luogo tipico di esercizio della funzione e di composizione tra interessi contrapposti? (Non si sottovaluti la normale trilateralità delle vicende sostanziali in esame e la potenziale plurioffensività dell'unica manifestazione del potere che si rinvie in esse). O piuttosto il giudice “ordinario” e naturale della funzione pubblica dovrebbe conoscere anche di quelle lesioni e di quelle violazioni provocate nell'esercizio del potere pubblico nell'ambito di una medesima vicenda sostanziale?».

**[41]** Così, P. Chirulli, *Responsabilità da comportamento*, cit., p. 14.

**[42]** Ci si riferisce a Cass., SS.UU., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, con nota di G. Tropea e A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del G.o. Note critiche*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020; F. Ferretti, *Lesione dell'affidamento del privato ad opera della p.A. e conseguenze sul riparto di giurisdizione (nota a Ord. Cass. Civ. Sez. Un. n. 8236 del 28 aprile 2020)*, in *Judicium.it*, 2020.

**[43]** Per la quale «nel caso di annullamento in sede giurisdizionale di un titolo abilitativo [...] non può [...] dolersi del danno chi – per una qualsiasi evenienza e con un provvedimento espresso, ovvero a seguito di un silenzio assenso o una s.c.i.a. – abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile solo *contra legem*) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo

causale idoneo alla verificazione del danno»: Cons. Stato, IV, n. 5346/2014, cit.

**[44]** V. Tar Campania, Napoli, VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017, in materia di revoca dell’aggiudicazione definitiva di una gara d’appalto: «Venendo, ora, a scrutinare l’analisi dell’invocato danno risarcibile, non rileva, innanzitutto, l’elemento psicologico del lamentato illecito precontrattuale. In questo senso, la Corte di giustizia UE (sez. III) ha reputato incompatibile con l’ordinamento comunitario la normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un’amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l’applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all’amministrazione suddetta, nonché sull’impossibilità per quest’ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (sent. 30 settembre 2010, C-314/09). Essa ha, dunque, configurato in modo marcatamente oggettivo la responsabilità dell’amministrazione nel particolare settore degli appalti pubblici, connotato dalla funzione riparatorio-compensativa della tutela risarcitoria per equivalente, con cui surrogare integralmente, in presenza dei medesimi e soli presupposti di illegittimità, quella in forma specifica, rivolta al conseguimento del bene della vita ambito (aggiudicazione), nonché connotato dalla sostanziale completezza, autoconclusività e puntualità della relativa disciplina, la cui inosservanza risulta, di per sé, presuntiva di colpa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 483/2012)».

**[45]** In questo senso anche la nota sentenza Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, sulla quale v. il commento – e relativi rinvii bibliografici ivi riportati – di F.F. Guzzi, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: l’Adunanza Plenaria fa un ulteriore passo in avanti verso la parificazione della PA al contraente privato anche nella fase della procedura di evidenza pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019.

**[46]** Tar Napoli, VIII, n. 4017/2012, cit.: «L’ordinamento, infatti, apprezza con favore il ripristino della legalità attraverso il riconoscimento dell’esercizio dei poteri di autotutela dell’Amministrazione, ma riconosce comunque che, dopo una “legittima” revoca dell’aggiudicazione, possa residuare spazio per il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell’affidamento ingenerato nell’impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa». In merito alla dicotomia tra legittimità del provvedimento di autotutela e responsabilità precontrattuale della p.A. sia consentito il rinvio a C. Napolitano, *L’autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, spec. pp. 268 ss.

**[47]** Cass., I, 20 dicembre 2011, n. 27648: «in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi come nel caso di responsabilità da contatto sociale, in una delle ipotesi di cui all'art. 1173 c.c.». La sentenza è richiamata da Tar Napoli, VIII, n. 4017/2012, cit., la quale rimarca il concetto: «Perché sussista una tale responsabilità per *“culpa in contrahendo”* a carico della pubblica amministrazione, occorre però, da un lato, che il comportamento tenuto dalla P.A. risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del cod. civ., dall'altro, che lo stesso comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro. L'obbligo di correttezza e buona fede nelle trattative va inteso in senso *“oggettivo”*, nel senso che non si richiede un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che senza giustificato motivo ha eluso le aspettative della controparte».

**[48]** Cons. Stato, V, 22 ottobre 2019, n. 7161: «la responsabilità precontrattuale richiede non solo la buona fede soggettiva del privato, ma anche che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e lealtà dell'amministrazione, e che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione stessa, in termini di colpa o di dolo».

**[49]** *Ex multis*, Tar Campania, Napoli, V, 3 settembre 2019, n. 4440.

**[50]** Ci si riferisce qui alla nota figura metaforica di S. Giacchetti, *Fontanazzi giuridici: l'integrazione in corso di giudizio del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, pp. 18 ss.