



## Diritto e Processo Amministrativo

# **La lesione dell'affidamento: i dubbi sulla giurisdizione e sulla tutela del privato (Nota a margine dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 3701 del 2021)**

di [Giorgio Capra](#)

29 luglio 2021

---

#### **ABSTRACT**

**Warning:** Undefined array key "abstract" in  
`/var/www/vhosts/giustiziainsieme.it/httpdocs/print/articolo_pdf.php` on line 358

**Warning: Undefined array key "sommario\_indice" in  
/var/www/vhosts/giustiziainsieme.it/httpdocs/print/articolo\_pdf.php on line 359**

---

## **La lesione dell'affidamento: i dubbi sulla giurisdizione e sulla tutela del privato (Nota a margine dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 3701 del 2021)**

**di Giorgio Capra**

Sommario: 1. Il caso dinanzi alla Quarta Sezione e i quesiti rimessi alla Plenaria - 2. Il problema della giurisdizione sulla domanda risarcitoria da lesione dell'affidamento: il ragionamento della Sezione remittente - 3. La seconda e la terza questione rimesse all'Adunanza Plenaria: le condizioni per configurare un affidamento giuridicamente tutelabile e la colpa dell'Amministrazione - 4.1. Prime riflessioni a margine dell'ordinanza: in tema di giurisdizione... - 4.2. (*segue*) e in tema di affidamento e colpa dell'Amministrazione - 5. Rilievi conclusivi in attesa dell'Adunanza Plenaria.

### **1. Il caso dinanzi alla Quarta Sezione e i quesiti rimessi alla Plenaria**

L'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria si inscrive in una complessa vicenda di cui è necessario dare sommariamente conto. La pronuncia trae origine da una domanda risarcitoria proposta dinanzi al TAR Marche da un privato che lamentava di aver subito dei danni in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale<sup>[1]</sup> degli atti di pianificazione urbanistica e dei titoli edilizi rilasciati dal Comune a favore del proprio dante causa. Inoltre, in sede di ottemperanza era stata dichiarata nulla<sup>[2]</sup> anche la successiva delibera del Consiglio comunale che, ritenendo di poter applicare l'art. 38 d.p.r. n. 380 del 2001, aveva riapprovato la variante annullata.

Nello specifico, la ricorrente – che aveva acquistato il terreno nelle more del giudizio sulla legittimità della variante urbanistica – deduceva a fondamento della propria domanda risarcitoria la lesione dell'affidamento dalla stessa riposto sulla legittimità degli atti emanati dall'Amministrazione.

Il TAR accoglieva il ricorso<sup>[3]</sup> e condannava il Comune al risarcimento del danno, quantificato nella differenza tra il prezzo pagato dalla ricorrente ed il valore agricolo del terreno nonché nelle spese di costruzione e demolizione dalla stessa sopportate. Infatti, nei giudizi aventi ad oggetto gli atti di pianificazione urbanistica ed i titoli edilizi, la sospensione cautelare del

permesso di costruire<sup>[4]</sup> consentiva comunque la prosecuzione dei lavori fino al livello del piano di campagna.

Il Comune, non costituito in primo grado, appellava quindi la sentenza, lamentando, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, nel merito, l'erroneità della pronuncia del TAR sotto due distinti profili: da un lato, il giudice di prime cure non avrebbe adeguatamente considerato il comportamento del privato, il quale avrebbe proceduto alla realizzazione delle opere nonostante pendesse un giudizio sul titolo edilizio; dall'altro, il TAR non avrebbe correttamente valutato il requisito della colpa in capo al Comune, nel caso concreto insussistente alla luce della complessità dell'*iter* amministrativo e giudiziario che aveva interessato, dapprima, la variante al piano regolatore generale e, poi, il permesso di costruire.

La Quarta Sezione investita dell'impugnazione ha rimesso all'Adunanza Plenaria la risoluzione di tre importanti questioni: in primo luogo, se della domanda con cui il privato chiede il risarcimento del danno derivante dall'affidamento dallo stesso riposto sulla legittimità del provvedimento amministrativo annullato giudizialmente debba conoscere il giudice amministrativo; in secondo luogo, in caso di risposta affermativa, quali siano i presupposti perché possa configurarsi un affidamento giuridicamente tutelabile; infine, in presenza di quali condizioni possa escludersi la colpa dell'Amministrazione.

L'ordinanza in commento è ricca di contenuti ulteriori rispetto a quelli che vengono qui presi in considerazione, cionondimeno si reputa opportuno soffermarsi esclusivamente sulla posizione dell'affidamento e sulla giurisdizione sulla domanda risarcitoria da lesione dello stesso per l'indubbia rilevanza che tali profili rivestono da un punto di vista di ricostruzione del sistema di tutela del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione.

## **2. Il problema della giurisdizione sulla domanda risarcitoria da lesione dell'affidamento: il ragionamento della Sezione remittente**

Come accennato, il primo quesito sottoposto all'attenzione dell'Adunanza Plenaria è quello relativo all'individuazione del giudice fornito di giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno proposta da un privato, avente causa del destinatario di una favorevole variante urbanistica, per i pregiudizi conseguenti all'annullamento giurisdizionale dell'atto di pianificazione e del conseguente permesso di costruire.

La Sezione ritiene opportuno investire la Plenaria in quanto la *querelle* appare tutt'altro che risolta, stante l'inesistenza di un univoco orientamento sul punto della Cassazione e del Consiglio di Stato. Del resto, il Collegio rileva che la risoluzione della questione non interessa solamente i

casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma anche le controversie soggette alla giurisdizione generale di legittimità. Della centralità del problema è prova evidente che proprio la questione della giurisdizione sul danno da affidamento era stata già, poco più di due mesi prima dell'ordinanza in commento, rimessa all'esame della Plenaria<sup>[5]</sup>.

La Sezione rimettente, prima di formulare il quesito, procede alla sintetica ricostruzione degli orientamenti emersi in giurisprudenza. Come noto, si contrappongono due indirizzi specularmente opposti: l'uno attribuisce la giurisdizione sulle controversie risarcitorie del 'danno da affidamento' al giudice ordinario, l'altro al giudice amministrativo.

Entrambi gli orientamenti muovono dall'assunto per cui la giurisdizione amministrativa è volta ad apprestare tutela contro l'agire pubblicistico dell'Amministrazione – e, quindi, presuppone che si controverta in ordine alla legittimità dell'esercizio del potere amministrativo in relazione alla lesione di un interesse legittimo – e che l'azione risarcitoria costituisce uno strumento ulteriore per rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della P.A..

Invero, il primo indirizzo<sup>[6]</sup> attribuisce la giurisdizione al giudice ordinario sul presupposto che in tali casi la *causa petendi* dell'azione di risarcimento non sarebbe l'illegittimità del provvedimento: il danno, in altri termini, non sarebbe causalmente ricondotto all'illegittimo esercizio del potere, bensì alla lesione dell'affidamento dell'attore nella legittimità del provvedimento.

Il secondo orientamento<sup>[7]</sup>, invece, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo, tenuto conto che, a ritenerne il contrario, si introdurrebbe una inversione logica tra *causa petendi* della domanda risarcitoria e illegittimità del provvedimento, ritenendo la prima non causalmente ricondotta all'annullamento del provvedimento. Inoltre, la tesi favorevole alla giurisdizione del giudice ordinario finirebbe con l'operare una non condivisibile distinzione nell'ambito dell'interesse legittimo pretensivo tra il conseguimento legittimo dell'atto ed il suo successivo mantenimento, trascurando del tutto la natura relazionale del nesso che si instaura tra Amministrazione e privato nel rapporto giuridico procedimentale.

Allontanandosi incidentalmente dalla pronuncia in commento, si reputa opportuno, al fine di meglio comprendere le critiche mosse dalla Sezione remittente all'indirizzo favorevole alla giurisdizione del giudice ordinario, riepilogare brevemente i principali nodi argomentativi sviluppati negli arresti inquadrabili nel primo indirizzo, partendo dall'analisi delle ordinanze gemelle del 2011 e, successivamente, delle pronunce nn. 17586 del 2015 e 8236 del 2020.

In particolare, le ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 motivano la sussistenza della giurisdizione ordinaria in ragione del fatto che, nel caso di danno da provvedimento amministrativo illegittimo favorevole annullato, in via di autotutela o all'esito di un giudizio, la parte che invoca una tutela risarcitoria non lamenterebbe “*un esercizio illegittimo del potere consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la colpa che connota un comportamento consistito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronuncia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità e orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare*”[\[8\]](#).

In sintesi: nel caso di danno da provvedimento favorevole illegittimo non potrebbe esservi giurisdizione del giudice amministrativo in quanto il danno, di cui il privato chiede il ristoro, non sarebbe causalmente ricondotto all'illegittimità dell'atto o del provvedimento amministrativo. L'indirizzo viene, poi, meglio specificato con la successiva, e meglio argomentata[\[9\]](#), ordinanza n. 17586 del 2015. Con tale pronuncia le Sezioni Unite, a seguito del vivace dibattito scaturito dopo le ordinanze del 2011, confermano la giurisdizione del giudice ordinario sulla base di due ulteriori argomenti.

In primo luogo, le Sezioni Unite ritengono che nel contenuto e nell'oggetto della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo pretensivo rientrerebbe esclusivamente l'interesse positivo ad ottenere il provvedimento, mentre resterebbe fuori l'interesse a che l'Amministrazione provveda legittimamente[\[10\]](#). Sicché, da un lato, con il rilascio del provvedimento favorevole illegittimo, l'interesse legittimo non potrebbe dirsi leso, e, dall'altro, dopo l'annullamento dello stesso disposto dal giudice o dall'Amministrazione in autotutela, l'interesse legittimo non potrebbe dirsi insoddisfatto illegittimamente.

Di conseguenza, l'impossibilità di riscontrare nel caso di specie una ingiusta lesione dell'interesse legittimo conduce le Sezioni Unite ad individuare in capo al privato una diversa situazione giuridica soggettiva: il danno patito dall'amministrato sarebbe ricondotto alla “*lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio*”[\[11\]](#).

Alla luce di questi due argomenti, la Cassazione esclude altresì che nelle materie di giurisdizione esclusiva di tali controversie possa conoscere il giudice amministrativo, posto che, in questi casi, non verrebbe in rilievo alcuna controversia sul potere dell'Amministrazione ma solamente una questione relativa alla “*attitudine del pregresso esercizio del potere siccome sfociato nel provvedimento illegittimo a determinare come conseguenza causale l'insorgenza di un incolpevole affidamento del privato beneficiario nella permanenza della situazione di vantaggio*”[\[12\]](#).

Le Sezioni Unite, da ultimo con l'ordinanza n. 8236 del 2020, hanno portato ‘a compimento’<sup>[13]</sup> l’indirizzo in esame, affermando la giurisdizione del giudice ordinario anche nel caso in cui l'affidamento non fosse ingenerato da un precedente provvedimento, bensì da un mero comportamento dell’Amministrazione.

Tale ultima pronuncia si segnala per due ulteriori ragioni: *in primis*, per l'affermazione che, nei casi di danno da affidamento, la lesione non discende dalla violazione delle regole pubblicistiche che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo ma dalla violazione delle regole di diritto privato di correttezza e buona fede – la cui violazione non dà vita a invalidità ma a responsabilità – e, in punto di situazione giuridica soggettiva lesa, per la sostituzione della nozione di ‘diritto alla conservazione dell’integrità del patrimonio’ con un quella di ‘affidamento della parte privata nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione’.

Riepilogate sinteticamente le ragioni della giurisprudenza favorevole alla giurisdizione del giudice ordinario e tornando all’ordinanza in commento, la pronuncia si segnala per le interessanti obiezioni mosse a tale indirizzo.

Infatti, la Sezione ritiene debba affermarsi in materia la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base di tre argomenti.

Primo: la natura del ‘diritto all’affidamento’ e quella relazionale dell’interesse legittimo.

Il giudice remettente ritiene che la situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo pretensivo esprima al contempo due posizioni: un interesse ‘sostanziale’, rappresentato dalla pretesa ad ottenere il ‘bene della vita’, e un interesse che viene definito ‘procedimentale’ a che il provvedimento venga emanato nel rispetto della legge. L’interesse legittimo non può essere ritenuto, utilizzando una locuzione tipica degli albori del diritto amministrativo, un interesse occasionalmente protetto, tutelato esclusivamente – e nei limiti in cui – ciò consenta di soddisfare l’interesse pubblico alla legalità dell’azione amministrativa.

Nella ricostruzione della Sezione, infatti, l’interesse legittimo è la posizione giuridica soggettiva correlata all’esercizio del potere amministrativo ed esso deve essere necessariamente riferito al rapporto, complessivamente inteso, tra richiedente e P.A.: risulterebbe artificioso sovrapporre a tale posizione giuridica soggettiva la diversa situazione sostanziale del ‘diritto all’affidamento’.

Ciò posto, la Sezione remettente vuole dimostrare che, nel caso di danno da provvedimento illegittimo favorevole, non potrebbe neanche configurarsi in astratto una lesione di un diritto soggettivo.

La lesione potrebbe, infatti, essere riferita unicamente ad un interesse legittimo in ragione del fatto che, una volta annullato l'atto abilitativo, verrebbe meno il diritto ad esso conseguente e, quindi, il soggetto che si era visto attribuito il provvedimento annullato, tornerebbe ad essere titolare di un mero interesse legittimo.

Secondo: la nozione di potere amministrativo e il ruolo del giudice amministrativo come giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica.

Ad avviso della Sezione rimettente, l'esercizio di un potere amministrativo si configura, non solo nel caso di diniego illegittimo di un atto amministrativo, ma altresì quando l'istanza venga assentita con un provvedimento illegittimo, con conseguente piena riconducibilità delle controversie *de qua* all'ambito dell'art. 7 c.p.a..

A tal proposito, il Collegio afferma espressamente che “*la pretesa risarcitoria – quando si basa su quanto è accaduto in sede di esercizio del potere amministrativo ‘autoritativo’ o nel corso del procedimento amministrativo’ – non è riconducibile ad un comportamento o a una condotta di rilievo privatistico o svolta in via di mero fatto [...] ma si duole dell’esercizio del potere amministrativo, disciplinato dal diritto pubblico*”<sup>[14]</sup> sotto gli aspetti oggettivo, soggettivo e funzionale. In questi casi, la domanda risarcitoria non si basa sulla illiceità di un comportamento ma sull'emanazione – anche se illegittima – del provvedimento amministrativo.

Terzo: incompatibilità con il criterio di riparto della giurisdizione previsto dall'art. 103 della Costituzione.

Assegnando la giurisdizione al giudice ordinario, si introdurrebbero dei criteri di riparto della giurisdizione non compatibili con il dettato costituzionale. E ciò, sia a ritenere che vi sarebbe lesione dell'interesse legittimo – e quindi giurisdizione del giudice amministrativo – solo laddove il provvedimento sia stato illegittimamente negato e non anche nel caso in cui sia stato illegittimamente rilasciato; sia ad aderire alla tesi per cui, nel caso di danno da affidamento, le regole violate avrebbero natura privatistica – in quanto riconducibili ai principii di buona fede e correttezza – e le controversie in materia dovrebbero essere conosciute esclusivamente dal giudice ordinario.

Invero, si finirebbe per veicolare un criterio di riparto basato, nell'un caso, sul carattere satisfattivo o meno del provvedimento e, nell'altro, sulla natura privatistica ovvero pubblicistica delle regole violate, il che, non solo contrasta apertamente con l'art. 103 Cost., ma anche con il principio di concentrazione delle tutele che governa il processo amministrativo.

### **3. La seconda e la terza questione rimesse all'Adunanza Plenaria: le condizioni per configurare un affidamento giuridicamente tutelabile e la colpa dell'Amministrazione**

Nel caso in cui l'Adunanza Plenaria dovesse affermare la giurisdizione del giudice amministrativo, la Sezione ritiene debba essere altresì chiarito in presenza di quali condizioni possa insorgere un affidamento giuridicamente rilevante, anche in relazione al fattore temporale.

Il Collegio sostiene che non si potrebbe riconoscere al privato un affidamento risarcibile in tutti i casi in cui il provvedimento amministrativo favorevole sia stato poi annullato, ma dovrebbe sempre tenersi conto delle peculiarità della fattispecie concreta, da apprezzarsi caso per caso, alla luce delle vicende occorse nell'ambito del procedimento amministrativo.

A ritenere diversamente, infatti, qualsivoglia affidamento del privato potrebbe essere posto a fondamento di una domanda risarcitoria.

La Sezione, a questo punto, procede a richiamare i passaggi logico-argomentativi della precedente ordinanza di rimessione n. 2013 del 2021, distinguendo due orientamenti: un primo indirizzo, più restrittivo, secondo cui la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, avendo acclarato la non spettanza del bene della vita, determinerebbe l'assenza del danno ingiusto e, conseguentemente, l'irrisarcibilità dell'affidamento; un secondo indirizzo che, invece, non nega *a priori* la tutelabilità dell'affidamento nel caso di provvedimento annullato in sede giurisdizionale, ma condiziona la domanda risarcitoria del privato alla dimostrazione di stringenti requisiti quali la colpa dell'amministrazione, il danno subito dall'istante e il nesso di causalità.

Il Collegio ritiene espressamente che gli esiti interpretativi del primo orientamento siano maggiormente condivisibili.

In particolare, affinché vi sia un affidamento tutelabile, occorre che il privato, oltre a versare in una situazione di buona fede ed assenza di colpa, ritenga di avere titolo a conseguire o mantenere un bene della vita<sup>[15]</sup>. Sul punto, la Sezione precisa che non si potrebbe configurare un affidamento giuridicamente tutelabile non solo nel caso in cui il provvedimento sia stato annullato giudizialmente, posto che in tale caso sarebbe accertata la non spettanza del bene della vita, ma anche qualora l'illegittimità del provvedimento poteva essere riscontrata dallo stesso beneficiario.

Tale conclusione sarebbe imposta sia alla luce del principio di autoresponsabilità, per cui chi propone un'istanza non accoglibile non può chiedere alcun risarcimento, sia in quanto si

verrebbero a determinare inaccettabili conseguenze con riguardo all'assetto del potere di autotutela: l'Amministrazione, in quanto esposta a conseguenze risarcitorie, potrebbe temere di esercitare il proprio potere di secondo grado.

Inoltre, la Sezione rimettente ritiene che nel caso di specie si dovrebbe escludere un affidamento risarcibile: lo stesso potrebbe essere ravvisato solo a condizione che sia trascorso un adeguato lasso di tempo dal conseguimento del provvedimento, tale da ingenerare una ragionevole un'aspettativa alla sua conservazione. Il requisito temporale, invero, difficilmente potrebbe essere soddisfatto nel caso in cui il provvedimento ampliativo venga immediatamente impugnato da un controinteressato.

La terza ed ultima questione rimessa all'Adunanza Plenaria è volta, poi, a chiarire le condizioni in presenza delle quali si possa escludere la colpa dell'Amministrazione.

Nel caso *sub judice*, infatti, non potrebbe dirsi sussistente la colpa del Comune, in quanto l'annullamento dei provvedimenti sarebbe in concreto dipeso non dalla superficialità dell'Amministrazione nella fase di emanazione dei permessi di costruire, ma esclusivamente per la complessa vicenda amministrativa e giudiziaria riguardante la variante urbanistica; sicché dovrebbe escludersi la rimproverabilità dell'agire dell'Amministrazione e, con essa, la risarcibilità del danno.

#### **4.1. Prime riflessioni a margine dell'ordinanza: in tema di giurisdizione...**

L'ordinanza di rimessione appare condivisibile laddove sostiene le ragioni dell'attribuzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie in tema di danno da affidamento.

Sin dal 2011, la dottrina giuspubblicistica ha evidenziato – pur con diversità di posizioni<sup>[16]</sup> – le criticità dell'indirizzo volto ad attribuire la giurisdizione al giudice ordinario. E, a testimonianza di un proficuo dialogo tra accademia e giurisprudenza, gli argomenti utilizzati dalla Sezione rimettente per sostenere le ragioni della giurisdizione del giudice amministrativo sembrano recepire le riflessioni della dottrina.

Il primo argomento utilizzato dalla Sezione rimettente è quello relativo alle posizioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo nel rapporto con l'Amministrazione. È un argomento che, nonostante la perdurante difficoltà nel delineare le nozioni di interesse legittimo e di affidamento, dà l'opportunità di inquadrare il problema in un'ottica più generale: v'è, infatti, il serio rischio che la figura del danno da lesione dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, così come ricostruita dalla Cassazione, “*manc[hi] di un reale fondamento sistematico e si confond[a] con altre ipotesi, ricondotte al risarcimento del danno per lesione di*

“interessi legittimi”<sup>[17]</sup>.

Come accennato, la questione viene impostata dalla Sezione rimettente nei seguenti termini: l’interesse legittimo è la posizione che si correla all’esercizio del potere, l’interesse legittimo pretensivo esprime sia l’interesse ‘sostanziale’ all’ottenimento del bene della vita, sia l’interesse ‘procedimentale’ a che il provvedimento sia emanato seguendo il procedimento previsto dalla legge. La natura sostanziale, e non meramente processuale, della posizione di interesse legittimo renderebbe improprio sovrapporre a tale situazione giuridica soggettiva la diversa figura dell’affidamento.

Date queste premesse, il ragionamento della Sezione appare pregevole ma non del tutto lineare.

Deve essere necessariamente condiviso nella parte in cui afferma la natura relazionale dell’interesse legittimo. L’interesse legittimo è, infatti, la posizione giuridica soggettiva che si confronta con il potere amministrativo<sup>[18]</sup> e la relazione che si viene ad instaurare tra il potere e l’interesse legittimo non può che dare luogo ad un particolare rapporto giuridico<sup>[19]</sup>, regolato dal diritto pubblico.

Ed è proprio alla luce della particolare natura della relazione che si instaura tra Amministrazione e privato che non risulterebbe sistematicamente corretto introdurre all’interno di una tale dinamica pubblicistica una diversa situazione di diritto soggettivo, avente ad oggetto il comportamento dell’Amministrazione da un punto di vista prettamente privatistico.

Il ragionamento, invece, appare non del tutto lineare laddove il giudice remittente, ponendo l’accento sia sull’aspetto ‘sostanziale’ sia su quello ‘procedimentale’ dell’interesse legittimo, sembra aderire all’opzione interpretativa che riconduce all’interno della nozione di interesse legittimo, oltre all’interesse all’ottenimento del bene della vita, anche la pretesa alla legittimità dell’agire della pubblica amministrazione. Se questa è la ricostruzione fatta propria dalla Sezione – secondo la tesi già autorevolmente sostenuta da Carlo Emanuele Gallo a margine dell’ordinanza n. 17586 del 2015<sup>[20]</sup> – se ne dovrebbe logicamente dedurre che il rilascio di un provvedimento favorevole ma illegittimo leda non un diritto soggettivo<sup>[21]</sup>, ma direttamente la posizione di interesse legittimo del privato, con conseguente e obbligata attribuzione della controversia *de qua* alla giurisdizione del giudice amministrativo.

A questo punto, però, non si comprende la ragione per cui la Sezione abbia ritenuto necessario approfondire la questione, soffermandosi sulla impossibilità di rinvenire diritti soggettivi nelle vicende in cui vengono in rilievo danni da affidamento. L’assenza di diritti soggettivi viene motivata in base alla circostanza per cui, una volta annullato l’atto abilitativo, non sarebbe più

configurabile il diritto ad esso conseguente e l'originario richiedente tornerebbe ad essere titolare di un mero interesse legittimo.

Sembra che la Sezione, per superare la giurisdizione del giudice ordinario, avverta la necessità di escludere in concreto la presenza di diritti soggettivi.

In realtà, la controversia dovrebbe spettare alla giurisdizione del giudice amministrativo non tanto per l'impossibilità di riscontrare diritti soggettivi in conseguenza dell'annullamento dell'atto abilitativo, ma, piuttosto, perché non può ragionevolmente ritenersi che l'interesse legittimo pretensivo esprima esclusivamente l'interesse al conseguimento del provvedimento e non anche l'interesse alla sua conservazione.

Del resto, il privato che entra in relazione con l'Amministrazione non solo vuole che la stessa gli riconosca il provvedimento favorevole, ma ha anche un interesse alla stabilità del provvedimento, a mantenerlo una volta ottenuto<sup>[22]</sup>. Sicché l'annullamento del provvedimento favorevole illegittimo, disposto all'esito di un giudizio amministrativo, lede non un diritto soggettivo all'integrità del patrimonio o un diritto all'affidamento ma direttamente l'interesse legittimo pretensivo del privato. E la lesione dell'interesse legittimo – più che riconducibile all'illegittimità del provvedimento favorevole – sembra determinata dal fatto che la rimozione del provvedimento si riverbera direttamente sull'interesse alla stabilità dello stesso.

Gli altri argomenti richiamati dalla Sezione per affermare la giurisdizione del giudice amministrativo sono quelli relativi al collegamento della controversia con il potere amministrativo e all'incompatibilità dei criteri di riparto derivanti dall'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario con il dato costituzionale.

Com'è noto, l'art. 103 Cost. stabilisce che il criterio di riparto della giurisdizione sia quello della situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo: assegna al giudice ordinario le controversie in materia di diritti soggettivi e alla giurisdizione del giudice amministrativo la tutela degli interessi legittimi. La Corte costituzionale ha ulteriormente chiarito che la natura delle materie devolute alla giurisdizione generale di legittimità “è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino dinanzi al giudice amministrativo”<sup>[23]</sup>. La presenza e l'esercizio del potere autoritativo sono, dunque, indicatori della presenza di una situazione di interesse legittimo<sup>[24]</sup>, la cui tutela anche risarcitoria è assegnata alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>[25]</sup>.

La Sezione rimettente, del tutto condivisibilmente, ritiene che le controversie relative al danno da affidamento siano riconducibili all'esercizio del potere, con conseguente giurisdizione del

giudice amministrativo.

Del resto, questo profilo era stato evidenziato, sin dal 2011, dalla migliore dottrina che ha affermato che “*il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico*”<sup>[26]</sup> e che la tesi della Cassazione “*non convince in quanto la controversia è pur sempre collegata all'esercizio di poteri nel quale l'Amministrazione è presente come autorità*”<sup>[27]</sup>.

È, infatti, del tutto evidente che tra gli atti di esercizio di un potere amministrativo rientrano non solo il diniego illegittimo di un atto amministrativo ma, altresì, l'assenso ad un'istanza per mezzo di un provvedimento illegittimo<sup>[28]</sup>. Affermare che la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario in quanto la *causa pretendi* del risarcimento risiede “*non nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì, [...] in un comportamento (nel cui ambito l'atto di esercizio del potere amministrativo - provvedimentale 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*”<sup>[29]</sup> sarebbe del tutto improprio.

E ciò a tacer del fatto che l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative al ‘danno da affidamento’ si accompagna, inevitabilmente, alla prospettazione di criteri di riparto che sembrano inconciliabili con l’art. 103 Cost. così come interpretato dalla Corte costituzionale. A tale risultato si perviene, sia nel caso in cui la giurisdizione venga fatta dipendere dalla satisfattività o meno del provvedimento, sia nel caso in cui si ritenga che la lesione derivi “*dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'Amministrazione*”<sup>[30]</sup>. Nel primo caso, si verificherebbe una frantumazione della giurisdizione anche in relazione a vicende unitarie, perché un provvedimento satisfattivo per il destinatario potrebbe non esserlo con riferimento alla posizione dei terzi<sup>[31]</sup> e viceversa; nel secondo, si opererebbe un’artificiosa differenziazione, sezionando “*in due parti un procedimento che si presenta unitario e orientato, nella sua destinazione, all'interesse pubblico e che non sembra poter essere scisso, a tal punto da determinare l'osservanza di regole differenti aventi diversa destinazione*”<sup>[32]</sup>.

#### **4.2. (segue) e in tema di affidamento e colpa dell'Amministrazione**

Affrontato il tema della giurisdizione, è ora possibile soffermarsi sulla ricostruzione dell'affidamento proposta nella ordinanza in commento.

Come accennato, la Sezione rimettente muove dalle affermazioni per cui il mero annullamento di un provvedimento favorevole non potrebbe, di per ciò solo, essere posto a base di una domanda risarcitoria e che, affinché possa dirsi sussistente un affidamento, occorrerebbe sempre tenere conto delle peculiarità del caso concreto.

Partendo da questa prima considerazione, la Sezione sviluppa il suo ragionamento, che è in parte non del tutto lineare e in parte solleva alcune perplessità.

Appare ambiguo nella parte in cui, richiamata la precedente ordinanza di rimessione n. 2013 del 2021 e i due orientamenti in tema di danno da affidamento in caso di annullamento giurisdizionale del provvedimento favorevole, ma illegittimo, il Giudice ritiene di accogliere l'indirizzo più restrittivo, secondo il quale, una volta acclarata, con la sentenza di annullamento del provvedimento, la non spettanza del bene della vita, dovrebbe escludersi sia l'ingiustizia del danno che, conseguentemente, la sua risarcibilità<sup>[33]</sup>. Infatti, non sembra possibile sostenere che la accertata non spettanza del bene della vita escluda il risarcimento e, contemporaneamente, che il mero annullamento non possa, di per sé solo, essere posto a base della domanda risarcitoria, dovendosi valutare le circostanze del caso concreto. Se, infatti, l'annullamento giurisdizionale del provvedimento esclude l'ingiustizia del danno, non possono – neanche astrattamente – configurarsi particolari circostanze occorse nell'*iter* procedimentale che consentano di fondare un affidamento giuridicamente tutelabile.

Il Collegio, quindi, pur dichiarando di aderire all'orientamento restrittivo, sembra discostarsene laddove procede, poi, alla disamina dei requisiti della posizione di affidamento per suggerirne la insussistenza nel caso di specie. A prescindere dal fatto che non ci si avvede della ragione per cui, accolta la tesi che nega la tutela risarcitoria del legittimo affidamento in caso di annullamento giurisdizionale del provvedimento favorevole, il Collegio si soffermi nella ricostruzione della posizione di affidamento, gli esiti interpretativi cui la Sezione rimettente perviene suscitano talune perplessità.

Com'è noto, affinché possa insorgere una posizione di affidamento devono sussistere congiuntamente tre requisiti<sup>[34]</sup>: uno di carattere soggettivo, consistente nella buona fede e nell'assenza di colpa dell'amministrato; uno di carattere oggettivo, nel senso che l'affidamento deve trovare la propria fonte in un provvedimento o in un comportamento tenuto dall'Amministrazione; e uno temporale, nel senso che l'aspettativa alla stabilità deve essere ritenuta tanto più forte quanto maggiore sia il tempo trascorso.

Ebbene, con riferimento al requisito c.d. soggettivo, la Sezione ritiene che “*per aversi affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato, occorra che questi – in buona fede e senza sua colpa – ritenga di avere titolo al conseguimento o alla conservazione di un bene della vita*”<sup>[35]</sup>.

Se non può che concordarsi su questa affermazione, non essendo possibile che l’ordinamento tuteli l’interesse – maturato colposamente o, addirittura, in mala fede<sup>[36]</sup> – alla conservazione del provvedimento favorevole, appaiono discutibili gli approdi successivi.

Il Giudice, infatti, ritiene condivisibile la deduzione difensiva per cui chi si avvale di un provvedimento tempestivamente impugnato lo fa ‘a suo rischio e pericolo’: non potrebbe sussistere un affidamento risarcibile quando il beneficiario dell’atto, dopo l’impugnazione ad opera di un controinteressato, ritenga di effettuare spese che ragioni di prudenza imporrebbero di evitare. La Sezione prosegue affermando che tale principio dovrebbe rilevare a maggior ragione quando l’interessato abbia cominciato l’attività sulla base di una d.i.a./s.c.i.a. e poi il giudice abbia ravvisato l’insussistenza dei relativi presupposti, censurando la mancanza di provvedimenti repressivi dell’amministrazione.

Queste considerazioni, oltre a porsi in contrasto con il principio di presunzione di legittimità dei provvedimenti amministrativi, nonché con la regola per cui, in pendenza di giudizio e in assenza di misura cautelare di sospensione<sup>[37]</sup>, il provvedimento amministrativo continua ad essere pienamente efficace, rischiano di rappresentare un vero e proprio *boomerang* sulla ripresa economica, specie a seguito della crisi pandemica.

Se, in ragione della impugnazione avverso il provvedimento favorevole, la tutela risarcitoria dell’affidamento venisse esclusa *de plano* – sulla base della circostanza che l’operatore economico accorto, in una ottica prudenziale, non dovrebbe effettuare spese – si verificherebbero conseguenze non certo auspicabili. Infatti – a portare alle naturali conseguenze l’affermazione della Sezione – sembra che la semplice proposizione di un ricorso giurisdizionale da parte di un soggetto controinteressato valga a determinare una sorta di surrettizia sospensione dell’efficacia del provvedimento: non v’è operatore economico che – a seguito del ricorso di un controinteressato – si accollerebbe, per tutto il tempo necessario a definire il giudizio, il rischio di effettuare spese di importi anche considerevoli laddove, soprattutto l’annullamento, verrebbe a trovarsi privo di tutela.

In sostanza, in presenza di un ricorso proposto avverso il provvedimento ampliativo rilasciato a proprio favore, l’operatore economico non intraprenderebbe alcuna attività giacché la risarcibilità del proprio interesse alla stabilità del provvedimento sarebbe *sic et simpliciter*

esclusa, a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto della vicenda.

La criticità di siffatta interpretazione del requisito soggettivo dell'affidamento è tanto più grave laddove il Giudice ritiene che una simile soluzione si imporrebbe, a maggior ragione, per le attività avviate a seguito di segnalazione certificata di inizio attività. E ciò, non solo in quanto le norme di liberalizzazione “*celano in realtà l'ingiusto trasferimento dalle amministrazioni ai privati delle responsabilità della ricerca e della lettura delle regole applicabili alle singole fattispecie*”<sup>[38]</sup>, ma soprattutto perché tale ricostruzione del requisito soggettivo – se intesa nel senso di escludere la tutela dell'affidamento nel caso in cui l'istanza di sollecitazione dei poteri di controllo dell'Amministrazione sia stata proposta dal controinteressato dopo sessanta giorni dalla presentazione della segnalazione – renderebbe definitivamente la s.c.i.a. uno strumento del tutto inadeguato ai fini del superamento dei regimi autorizzatori *ex ante*. Dal disposto dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, infatti, sembra emergere che il segnalante debba sopportare il rischio che la propria attività possa essere vietata, inibita o sospesa, esclusivamente per i sessanta giorni successivi alla presentazione dell'istanza. Trascorso quel momento – e stante la fondamentale diversità dei presupposti dell'esercizio dei poteri di controllo dopo i sessanta giorni – deve potersi ammettere, in linea generale, che il segnalante possa maturare un affidamento sulla stabilità del titolo.

Con riferimento al requisito oggettivo, la Sezione osserva che non potrebbe configurarsi un affidamento giuridicamente tutelabile ognqualvolta il richiedente abbia presentato un'istanza non assentibile. Nel ragionamento del giudice, affermare che il beneficiario del provvedimento annullato possa chiedere il risarcimento del danno significherebbe esonerarlo dalle conseguenze di tale illegittimità: anzi ne trarrebbe vantaggio in relazione alla possibilità di ottenere il ristoro economico dall'Amministrazione<sup>[39]</sup>.

Anche sotto tale profilo, la ricostruzione proposta suscita alcune perplessità.

L'Amministrazione, lungi dall'essere un soggetto incapace per il quale l'ordinamento deve apprestare una particolare tutela<sup>[40]</sup>, occupa una posizione che genera di per sé un affidamento – *lato sensu* inteso – in capo ai cittadini<sup>[41]</sup>, vieppiù quando riscontra l'istanza del privato con un provvedimento espresso.

Del resto, subordinare la tutela dell'affidamento alla assentibilità dell'istanza e, quindi, alla spettanza del bene della vita, pone un rilievo critico difficilmente superabile: si andrebbe, infatti, a risarcire non l'affidamento ma, direttamente, l'interesse al bene della vita.

Infine, con riferimento all'elemento temporale, si può in linea di massima condividere il principio affermato dalla Sezione, per cui l'affidamento necessita di un certo lasso di tempo per consolidarsi e difficilmente, nel caso di provvedimento favorevole tempestivamente impugnato dal controinteressato, tale requisito potrebbe dirsi integrato.

Tuttavia, occorre osservare come la valutazione circa la sufficienza dell'elemento temporale per maturare un affidamento debba essere, comunque, effettuata alla luce della fattispecie concreta, considerando anche gli altri due elementi: non si dovrebbe negare una tutela risarcitoria dell'affidamento sul solo presupposto dell'esiguità del lasso temporale intercorso dall'emanazione del provvedimento favorevole.

Analizzato il tema della posizione di affidamento è ora possibile soffermarsi brevemente sull'argomento della colpa dell'Amministrazione, oggetto della terza questione rimessa all'Adunanza Plenaria.

In merito si può condividere quanto sostenuto dalla Sezione rimettente: la colpa dell'Amministrazione ben potrebbe non sussistere nel caso in cui il danno sia imputabile alla particolare complessità della vicenda amministrativa.

## **5. Rilievi conclusivi in attesa dell'Adunanza Plenaria**

L'ordinanza in commento rimette alla Plenaria alcune questioni connesse ad un tema complesso e, al contempo, fondamentale nella ricostruzione del sistema di tutela del privato nei confronti dell'Amministrazione, e lo fa sia sotto il profilo della giurisdizione sull'azione risarcitoria da lesione dell'affidamento, sia con riguardo alla ricostruzione di tale posizione sul piano sostanziale.

Sotto il profilo della giurisdizione, non può non auspicarsi che l'Adunanza Plenaria confermi la giurisdizione amministrativa nelle controversie relative al danno da affidamento. Si sono sopra evidenziate le convincenti ragioni che impongono tale soluzione: la giurisdizione del giudice ordinario rischia di non essere sostenibile sotto il profilo sistematico, svalutando la connessione delle controversie con il potere amministrativo e introducendo criteri di riparto che sembrano avulsi da quello previsto dall'art. 103 della Costituzione.

Venendo, invece, alla posizione di affidamento sembra che la ricostruzione proposta dalla Sezione sia eccessivamente restrittiva. È opportuno che la Plenaria si esprima sul punto in modo da non impedire *a priori* la tutela contro i danni patrimoniali sopportati dall'amministrato che abbia confidato nella stabilità del provvedimento amministrativo. In particolare, i requisiti oggettivo, soggettivo e temporale dovrebbero essere valutati sempre in concreto, alla luce delle

vicende del caso specifico. In altri termini: sarebbe opportuno considerare i tre requisiti non come dei compartimenti stagni, bensì come dei vasi comunicanti in grado di compensarsi a vicenda. Dovrebbe, quindi, riconoscersi un affidamento suscettibile di ristoro anche nel caso in cui il provvedimento favorevole, seppur tempestivamente impugnato, sia stato accompagnato da un contegno dell'Amministrazione volto a rassicurare il privato circa la legittimità dello stesso, così da sopperire all'esiguo lasso di tempo entro cui l'affidamento in questione si è consolidato.

Con riferimento alla terza questione rimessa alla Plenaria, pur dovendosi concordare, in linea di principio, con le argomentazioni della Sezione, occorrerà che il giudice amministrativo applichi tale scusante in modo rigoroso ed equilibrato. È, infatti, evidente che riconoscere *sic et simpliciter* l'assenza di colpa dell'Amministrazione per errore scusabile determinerebbe un vuoto di tutela a danno dell'amministrato.

Infine, corre l'obbligo di rilevare che nell'economia complessiva dell'ordinanza sembrano non essere stati adeguatamente valorizzati due rilevanti elementi del caso concreto: da un lato, la ricorrente aveva acquistato il terreno quando era già pendente il ricorso giurisdizionale per l'annullamento dell'atto di pianificazione – situazione ben diversa rispetto a quella in cui versa il destinatario originario del provvedimento favorevole impugnato – e, dall'altro, successivamente all'annullamento della variante urbanistica e del permesso di costruire, era intervenuta una delibera di riapprovazione della variante, finalizzata alla sanatoria delle opere edilizie ex art. 38 d.p.r. n. 380 del 2001.

Se la prima circostanza, insieme con la sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, potrebbe far ritenere insussistente l'elemento soggettivo dell'affidamento<sup>[42]</sup>, alla luce del fatto che non può certo definirsi non colposo il contegno di chi acquista un terreno edificabile sulla base di una variante urbanistica tempestivamente impugnata, il sopravvenire della ‘sanatoria’ introduce un elemento di ulteriore complicazione, potendo – in astratto – fondare un affidamento distinto rispetto a quello maturabile sul permesso di costruire.

Non sembra che la questione sia risolvibile unicamente sulla base del criterio della spettanza del bene della vita.

Infatti, da una parte, in difetto della reintrodotta variante, si potrebbe dubitare della sussistenza, oltre che dell'elemento soggettivo, anche dell'elemento oggettivo su cui maturare un affidamento. Questo dubbio riporta alla annosa questione della trasmissibilità dell'interesse legittimo<sup>[43]</sup> e non è certo questa la sede per soffermarsi su un argomento che presenta profili di indubbia complessità. Tuttavia, si deve evidenziare che, eccezion fatta per la voltura<sup>[44]</sup> del

permesso di costruire, in assenza della nuova variante la ricorrente non avrebbe avuto direttamente alcun ‘rapporto amministrativo’ con il Comune, in quanto sia la prima variante urbanistica che il titolo edilizio impugnati erano stati rilasciati a favore del suo dante causa<sup>[45]</sup>.

D'altra parte, la ricorrente aveva comunque ottenuto la ‘sanatoria’ e, quindi, si tratterà di valutare se, ed in che termini, il contegno dell'Amministrazione comunale, insieme agli altri requisiti, avrebbe potuto integrare un affidamento giuridicamente rilevante.

**[1]** Annullamento avvenuto con sentenza TAR Marche, sez. I, 1.8.2011, n. 630 e confermato con sentenza Cons. St., sez. IV, 19.6.2014, n. 3114.

**[2]** Con sentenza TAR Marche, sez. I, 8.10.2015, n. 698.

**[3]** Cfr. TAR Marche, sez. I, 6.5.2020, n. 268.

**[4]** Concessa con ordinanza TAR Marche, sez. I, 8.7.2010, n. 444 e confermata con ordinanza Cons. St., sez. IV, 29.9.2010, n. 4458.

**[5]** Con ordinanza Cons. St., sez. II, 9.3.2021, n. 2003. Per un commento all'ordinanza si rinvia a C. Napolitano, *Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)*, 2020.

**[6]** Come noto l'indirizzo ha preso avvio dalle ordinanze Cass., SS.UU., 23.3.2011, nn. 6594, 6595 e 6596 – su cui si veda la relazione al convegno svoltosi presso l'Università di Roma Tre l'11 maggio 2011, intitolato “L'azione risarcitoria nei confronti delle pp.AA. e l'eterno dibattito sulle giurisdizioni”, di F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione dell'affidamento in Foro amm. TAR*, 2011, 9, LXVII, nonché M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e la nascita di nuove questioni* in *Federalismi.it*, 2011, 7, 1 e ss. – ed è stato successivamente confermato con ordinanze Cass., Sez. Un., 4.9.2015, n. 17586; 22.5.2017, n. 12799; 22.6.2017, n. 15640; 23.1.2018, n. 1654; 2.3.2018, n. 4996; 24.9.2018, n. 22435; 13.12.2018, n. 32365; 19.2.2019, n. 4889; nonché, da ultimo con ordinanze Cass., Sez. Un., 28.4.2020, n. 8236 e 22.1.2021, n. 615. Anche il Consiglio di Stato ha aderito a questo indirizzo, sul punto, si vedano: Cons. St., sez. V, 27.9.2016, n. 3997; Id., sez. IV, 25.1.2017, n. 293; Id., 20.12.2017, n. 5980; Id., sez. VI, 13.8.2020, n. 5011.

**[7]** In particolare, si vedano: ordinanze Cass., Sez. Un., 21.4.2016, n. 8057 e 29.5.2017, n. 13454 nonché Cons. St., sez. V, 23.2.2015, n. 857; TAR Abruzzo, sez. I, 20.6.2012, n. 312.

[8] cfr. punto n. 3 di Cass. civ., Sez. Un., ord. 23.3.2011, n. 6596.

[9] C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione* in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 2, 564.

[10] Questa è la ricostruzione dell'interesse legittimo autorevolmente sostenuta da Franco Gaetano Scoca. Sul punto, *funditus*, si veda: F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

[11] Cfr. il punto n. 8.3 dell'ordinanza delle Sezioni Unite n. 17586 del 2015.

[12] Così sempre il punto n. 8.3 dell'ordinanza delle Sezioni Unite n. 17586 del 2015.

[13] G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche* in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020.

[14] Cfr. il punto n. 28.8 dell'ordinanza in commento.

[15] Secondo la Sezione, non potrebbero dirsi sussistenti gli estremi per configurare un affidamento tutelabile, non solo, nel caso in cui il privato abbia dolosamente o colpevolmente indotto in errore l'Amministrazione, ma anche laddove la sua pretesa non sia conforme al quadro ordinamentale e non possa, quindi, essere assentita. Si vedano i punti nn. 33.1 e 33.7 della ordinanza in commento.

[16] A favore della giurisdizione del giudice amministrativo si sono, negli anni, espressi: R. Villata, F.G. Scoca, C.E. Gallo, A. Travi. Si distingue la posizione di M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e la nascita di nuove questioni* in *Federalismi.it*, 2011, 7, 11; per cui la giurisdizione dovrebbe spettare al giudice amministrativo “almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva”.

[17] Così A. Travi, *Il giudice amministrativo come risorsa?* in *Questione Giustizia*, 2021, 1, 27. La mancanza di reale fondamento sistematico della figura citata e la confusione con altre ipotesi di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi è stato un profilo su cui si è ampiamente soffermata la dottrina amministrativistica. Sul punto, si vedano: M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento* in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 899-900, per cui la Cassazione, nel delineare un diritto all'affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo, in realtà sta configurando “*un a pretesa al corretto svolgimento dell'azione amministrativa, cioè una posizione che si confronta con l'esercizio del potere, e che dunque non può non dare luogo, secondo le correnti qualificazioni, che ad un interesse legittimo*”; A. Travi, *Annnullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione* in

*Foro it.*, 2011, I, 2398, in cui “l'utilità della figura dell'affidamento non deve andare a detrimento della possibilità di identificare una ordinaria situazione soggettiva di interesse legittimo (esattamente come non vi è bisogno di scomodare la figura dell'affidamento, per ammettere il risarcimento nel caso di violazione di obbligazioni contrattuali)”; C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione* in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 2, 569; 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.*, 2016, 5, 484, per il quale “la Cassazione sembra volersi ritagliare uno spazio di giurisdizione in questioni che sono chiaramente di interessi legittimi”.

**[18]** Il rapporto tra potere e interesse legittimo è riconosciuto da tutta la letteratura. Sia da coloro che sostengono che l'interesse legittimo sia una posizione giuridica soggettiva sostanziale strumentale (su tutti: F.G. Scoca, *Interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, *passim*) sia da coloro che sostengo la tesi c.d. finale (su tutti G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino* in *Dir. Amm.*, 2014, 4, 585) sia, infine, dalla Scuola che riconduce l'interesse legittimo ad un diritto di credito (su tutti: L. Ferrara, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo: appunti* in *Dir. amm.*, 2013, 475; Id., *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento* in *Dir. Pubbl.*, 2019, 3, 725).

**[19]** Tale relazione è stata espressamente definita dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 2020 in termini di ‘rapporto amministrativo’. Di ‘rapporto amministrativo’ parlano apertamente anche: M. Nigro, *Ma che cos’è questo interesse legittimo* in *Foro it.*, 1997, V, 469, per cui v’è “un contatto amministrazione-privato che non si esaurisce nel momento di sintesi autorità-libertà, costituita e espressa dall’atto amministrativo, ma si prolunga nel tempo prima e oltre quel momento [...] un rapporto amministrativo perché non si saprebbe come definire altrimenti questo contatto durevole in cui si manifestano da una parte e dall’altra poteri, soggezioni, oneri, aspettative, ecc.”; F.G. Scoca, *Interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, 458 e G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino* in *Dir. Amm.*, 2014, 4, 589.

**[20]** C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione* in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 2, 564 e ss.

**[21]** E ciò a prescindere dal fatto che lo stesso venga ricostruito come diritto all'integrità del patrimonio, come nell'ordinanza n. 17856/2015, o diritto all'affidamento, come da ultimo sostenuto dalle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 8236/2020.

[22] Cfr. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo cit.*, pag. 466-467 e 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.*, 2016, 5, 495.

[23] Cfr. il punto n. 3.2. della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

[24] F. Caringella, *Il riparto di giurisdizione* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2008.

[25] Sui ‘rischi’ che la tutela risarcitoria comporta per il giudice amministrativo si veda F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria* in *Questione Giustizia*, 2021, 1, 133 e ss.

[26] M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e la nascita di nuove questioni* in *Federalismi.it*, 2011, 7, 11.

[27] R. Villata, «*Lunga marcia* della Cassazione verso la giurisdizione unica («Dimenticando» l’art. 103 della Costituzione)? in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 1, 349.

[28] M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento* in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 898-899; sostiene che all'origine dell'affidamento vi è comunque un provvedimento e, ai fini del riparto, “*poco importa che questo sia stato annullato, così come poco importa che si sia trattato un provvedimento illegittimo «favorevole»*” mentre “*ciò che conta è che l'azione dell'amministrazione, la si qualifichi come si preferisce (atto o comportamento), rimanga pur sempre da collegare, immediatamente o mediamente, all'«esercizio del potere pubblico»*”. Per F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)* in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 4, 1103; con riferimento, però all'ordinanza n. 8236 del 2020 (che, come accennato, ha assegnato alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia risarcitoria anche nel caso in cui l'affidamento sia maturato non su un previo provvedimento ma su un comportamento della P.A.), ha affermato – con un ragionamento a *maiori ad minus* estensibile anche al caso di cui occupa – che la Cassazione erroneamente ritiene “*vi sia esercizio del potere solo con l'adozione del provvedimento e non nel corso del procedimento, con l'adozione, o non adozione, degli atti endoprocedimentali, o anche con assunzione di comportamenti significativi [e, quindi,] non vede il collegamento (se si vuole indiretto, ma forse anche diretto) tra l'affidamento e l'esercizio del potere, appunto, nel corso del procedimento*”.

[29] cfr. il punto 27.2. dell'ordinanza n. 8236/2020 *cit..*

[30] cfr. il punto n. 26.1 dell'ordinanza n. 8236 del 2020 *cit..* Cfr. G. Tropea - A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche in*

[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020 che hanno evidenziato come “*l'iter prodromico all'esercizio (o al non esercizio) di un potere non possa essere privato della sua prima materia pubblicistica, e dunque derubricato alla stregua di un mero comportamento materiale*”.

[31] Sul punto si veda: M. Mazzamuto, *op. cit.*, 906 e C.E. Gallo, *op. cit.*, 575.

[32] A. Di Majo, *La responsabilità pre-contrattuale della Pubblica Amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato* in *Riv. giur. ed.*, 2020, 4, 2, 291.

[33] Sulla criticità di questa interpretazione si veda C. Napolitano, *Risarcimento e giurisdizione. Rimessione alla plenaria sul danno da provvedimento favorevole annullato in* [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2021. L'A. ha altresì rilevato una contraddittorietà nel ragionamento della Sezione rimettente laddove, in controversia del tutto analoga a quella che ha dato avvio all'ordinanza in commento, il Giudice, da un lato, “*sostiene la connessione del danno al potere amministrativo per richiamare a sé la giurisdizione*” e, dall'altro, “*sembra negare la risarcibilità del danno [sul presupposto che] non sussisterebbe il comportamento tipico che fonda la lesione dell'affidamento legittimo per ius commune ovvero per la violazione del divieto di venire contra factum proprium*”.

[34] Da ultimo, si veda, anche se con riferimento ad una fattispecie relativa all'autotutela, la sentenza Cons. St., sez. III, 8.7.2020, n. 4392 in cui il Giudice afferma “*affinché un affidamento sia legittimo è necessario un requisito oggettivo, che coincide con la necessità che il vantaggio sia chiaramente attribuito da un atto all'uopo rivolto e che sia decorso un arco temporale tale da ingenerare l'aspettativa del suo consolidamento, e un requisito soggettivo, che coincide con la buona fede non colposa del destinatario del vantaggio (l'affidamento non è quindi legittimo ove chi lo invoca versi in una situazione di dolo o colpa)*”. In dottrina, nel fondamentale testo di F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001, 127; si definisce l'affidamento come “*una situazione giuridica soggettiva caratterizzata da un’aspettativa generata dall’altrui comportamento (che può essere anche inerzia) e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l’altrui fiducia*”.

[35] Cfr. punto n. 33.1. dell'ordinanza in commento.

[36] Ad esempio, nel caso di provvedimento *ictu oculi* illegittimo.

[37] Che, si ricorda, nel caso *sub judice* era stata concessa, pur consentendo la prosecuzione dei lavori fino al livello del piano di campagna.

**[38]** M.A. Sandulli, *La “risorsa” del giudice amministrativo* in *Questione Giustizia*, 2021, 1, 39. Sul tema della liberalizzazione e dei rischi derivanti per il privato si rinvia a: M.A. Sandulli, *La “trappola” dell’art. 264 del dl 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, in *Giustizia insieme*, 2 giugno 2020 nonché a M.A. Sandulli, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l’acquisizione d’ufficio*, in Id. (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2020.

**[39]** Secondo le argomentazioni già contenute nella sentenza Cons. St., sez. V, 29.10.2014, n. 5346, in cui: “*nel caso di proposizione di una domanda non accoglibile, il ‘bene della vita’ non spetta ab origine e il successivo annullamento del titolo abilitativo illegittimamente formatosi non consente di chiedere un risarcimento del danno per la perdita di un quid sostanzialmente non spettante*” e, quindi, “*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*”.

**[40]** Come sembra emergere dal punto 33.7 dell’ordinanza in commento laddove si legge che “*il controinteressato soccombente [...] vanta indubbiamente una pretesa risarcitoria nei confronti del progettista che ha elaborato la domanda, la quale è accolta (de plano o previ accertamenti) perché l’Amministrazione la ha considerata attendibile, ‘fidandosi’ del titolo professionale di chi la ha predisposta*”. L’ordinanza, sempre al punto 33.7, afferma che in questi casi sarebbe esclusivamente responsabile il progettista: “*il controinteressato soccombente – a seguito dell’annullamento in sede giurisdizionale del titolo – vanta indubbiamente una pretesa risarcitoria nei confronti del progettista che ha elaborato la domanda*”.

**[41]** E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo* in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, I, Padova, 2003, 380.

**[42]** Come ha ritenuto – estendendo impropriamente tale principio anche alla posizione dell’originario destinatario del provvedimento – la Sezione al punto n. 34.2. dell’ordinanza in commento.

**[43]** In dottrina, si rinvia ai già citati F.G. Scoca, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 468-475; G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino* in *Dir.*

Amm., 2014, 4, 616-625; nonché ad A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in A. Travi (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, 2014, 76 e ss..

**[44]** Che, comunque, è atto vincolato. Sul punto, si vedano, *ex multis*: Cons, St., sez. VI, 20.10.2014, n. 5159; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 22.10.2020, n. 2736; Id., sez. I, 15.2.2007, n. 276; Cass. civ., sez. un., 22.10.2003, n. 15812.

**[45]** In questa ipotesi, ben diverso sarebbe stato se la ricorrente avesse ricevuto rassicurazioni dal Comune circa la legittimità della variante e del titolo edilizio rilasciati al suo dante causa oppure se la stessa – acquistato il terreno dopo che l'atto di pianificazione e il titolo edilizio fossero diventati inoppugnabili – fosse stata destinataria di un annullamento d'ufficio, casi in cui – a rigore – dovrebbe riconoscersi un affidamento giuridicamente rilevante.