Permane il conflitto tra Consiglio di Stato e Cassazione sulla giurisdizione in tema di risarcimento del danno nei confronti della P.A. nel caso di annullamento (in autotutela o per effetto di sentenza) di un provvedimento favorevole al danneggiato.

L'**Adunanza Plenaria** del **Consiglio di Stato** si è pronunciata sulla questione (anche per por fine ad un contrasto tra le sezioni) con le sentenze del **29 novembre 2021 n. 19** e **n. 20** (con il medesimo collegio e con lo stesso relatore).

Queste le massime:

"*Nei rapporti di diritto amministrativo, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio del potere pubblico e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi*" (sentenza n. 19/2022, così massimata in Foro It., 2022, III, 69).

"*E' devoluta alla* ***giurisdizione del giudice amministrativo*** *la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di* ***danni da lesione dell'affidamento*** *sul provvedimento favorevole annullato dalla pubblica amministrazione*" (sentenza **n. 20/2022** così massimata in Foro It., 2022, 2, III, 69).

Le **Sezioni Unite** della **Cassazione civile** con l'ordinanza del **24 gennaio 2023 n. 2175** hanno così statuito:

"*In tema di riparto di giurisdizione, la pretesa risarcitoria del privato fondata sulla* ***lesione dell'affidamento*** *nella legittimità di un provvedimento ampliativo di una pubblica amministrazione, poi annullato in autotutela, non ha ad oggetto il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento annullato, o con quello di annullamento del primo, costituendo l'illegittimità del provvedimento il mero presupposto della lite, ma* ***l'osservanza o meno delle regole di correttezza nei rapporti con i privati, regole distinte ed autonome rispetto a quelle della legittimità amministrativa*** *ed a cui deve essere informato il procedimento amministrativo ex art. 1, comma 2 bis, della L. n. 241 del 1990, introdotto dalla L. n. 120 del 2020, con la conseguenza che in dette ipotesi,* ***correlandosi la lesione dell'affidamento ad una posizione di diritto soggettivo, la giurisdizione compete al giudice ordinario***" (Giustizia civile, massimario 2023).

Le Sezioni Unite hanno peraltro espressamente criticato la sentenza n. 20/21 dell'Adunanza

Plenaria, sopra citata.

Va aggiunto che entrambi i giudici – ordinario e amministrativo – hanno confermato il proprio orientamento: il **Consiglio di Stato** con sentenza del **4 aprile 2024 n. 3108** della sez. II e della sez. IV **3072** in pari data, mentre le Sezioni Unite della Cassazione hanno ribadito il proprio orientamento con l'ordinanza del **14 maggio 2024 n. 13191**.

È il caso di sottolineare le considerazioni di maggiore rilievo effettuate dall'Adunanza Plenaria del

**Consiglio di Stato** con la citata sentenza **n. 20/2021**:

*"5. Nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi – si colloca anche **l'affidamento**.*

*Esso non è infatti una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata…*

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

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

*7. Nella condivisibile prospettiva in cui si colloca la pronuncia ora in esame, che pure ha declinato la giurisdizione amministrativa in favore del giudice ordinario, in applicazione dei principi enunciati alla Cassazione, S.S.U.U., nelle ordinanze del 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596,* ***la giurisdizione amministrativa va invece affermata quando l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo****, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e a fortiori quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva. La giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo perché la "fiducia" su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale – a un "mero comportamento" – ma al* ***potere pubblico****, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi consistenza di interesse legittimo.*

*.....*

*15. Le considerazioni che precedono convergono nel senso di affermare, in coerenza con il fondamento costituzionale di riparto di giurisdizione, che è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questioni di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, cod. proc. amm., la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i "comportamenti riconducibili anche immediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni" ed inoltre che "nelle particolari materie indicate dalla legge" di giurisdizione esclusiva – quale quella sugli "atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia" di cui all'art. 133, comma 1, lett. f) cod. proc. amm. Oggetto del presente giudizio – esso si manifesta "attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela", anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'****affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione****. Il possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato in punto di giurisdizione con l'orientamento certamente prevalente della corte regolatrice potrà essere vagliato in sede di eventuali impugnazioni ai sensi dell'****art. 111*** *della* ***Costituzione*** *delle sentenze di questo Consiglio, le quali sono nel frattempo tenute all'osservanza del principio di diritto (salva nuova rimessione) ai sensi dell'articolo 99 cod. proc. amm..*

*.....*

*17. Sulle questioni di merito così sintetizzate deve innanzitutto premettersi che l'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, id est* ***incolpevole.*** *Esso*

*deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'Amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, in cui il privato abbia senza colpa confidato. Nel caso di un provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve dunque vantare una ragionevole aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale possa quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico.*

*La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionale che esso spettasse".*

*.....*

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

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

*.....*

*26. Può in conclusione affermarsi il seguente* ***principio di diritto****: «la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento».*

Le **Sezioni Unite** della Corte di Cassazione hanno contestato, con l'ordinanza del **24 gennaio 2023**

**n. 2175**, le conclusioni cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è pervenuta con la citata sentenza **n. 20/2021**, con queste considerazioni finali:

*"39. In sintesi, l'oggetto del giudizio di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del privato nella legittimità di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica che sia stato annullato, in autotutela o dal giudice amministrativo, non è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento poi annullato, né è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento di annullamento del primo (ove l'annullamento sia avvenuto in autotutela e non in sede giurisdizionale). L'illegittimità del provvedimento annullato (e la legittimità dell'eventuale provvedimento di annullamento in autotutela) costituiscono, infatti, presupposti della lite, che restano all'esterno del perimetro della regiudicanda. L'oggetto del suddetto giudizio, invece, è il modo in cui l'amministrazione – nonché, va aggiunto, lo stesso privato destinatario del provvedimento – hanno o non hanno osservato le regole di correttezza nei reciproci rapporti. Tali regole, ricorda la stessa sentenza 20/2021 (p. 13), operano su piani distinti rispetto alle regole di legittimità amministrativa, "uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro fonte invece di responsabilità per l'amministrazione. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi, anche per violazione dei connessi obblighi di protezione inerenti al procedimento*".

Sulla base di queste considerazioni, dunque, le Sezioni Unite hanno affermato la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria relativamente ad "*una pretesa risarcitoria fondata sulla deduzione di una lesione dell'affidamento dei ricorrenti nella legittimità di un provvedimento di un'amministrazione municipale, poi annullato in autotutela*".

Le Sezioni Unite hanno ribadito quanto statuito con la citata ordinanza n. 2175/2023 con la successiva ordinanza del **14 maggio 2024 n. 13191**, precisando, al punto 4.2 che "L'ordinanza n. 2175 ha avuto ulteriore conferma nelle successive ordinanze 6 febbraio 2023, n. 3514, 24 aprile

2023, n. 10880, e 28 agosto 2023, n. 25324, così motivando con particolare riferimento all'ordinanza

n. 25324 del 2023:

4.2 "*Quest'ultimo provvedimento, in particolare, oltre a condividere e fare proprie le argomentazioni delle ordinanze precedenti, ha ulteriormente ampliato il terreno di*

*riflessione, rievocando, da un lato, la giurisprudenza costituzionale secondo cui nel nostro ordinamento si rinviene "una clausola generale di tutela dell'affidamento legittimo, quale situazione soggettiva potenzialmente meritevole di protezione risarcitoria e …*"

4.3. "*A tale orientamento l'odierna decisione intende dare ulteriore continuità. Va confermato, quindi, in* ***inevitabile dissenso rispetto alla ricostruzione operata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato****, che tanto l'annullamento del provvedimento ampliativo determinato in sede giurisdizionale quanto quello disposto in autotutela sono finalizzati alla rimozione di una situazione di illegittimità e sono, perciò, entrambi inidonei a determinare il venir meno del diritto soggettivo del privato e l'insorgenza di una posizione di interesse legittimo. Ciò in quanto la circostanza per la quale la Pubblica Amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali del suo agire autoritativo non fa venire meno, in capo alla stessa, la necessità di rispettare le regole generali della correttezza e della buona fede. E i valori della correttezza e buona fede dell'agire amministrativo – è bene non dimenticarlo – sono uno dei fondamenti dello Stato di diritto e costituiscono una sorta di modello di comportamento che i pubblici poteri devono osservare ad exemplum, allo scopo di pretendere, ragionevolmente, che analogo sia il comportamento del privato cittadino.*

*Attenendosi poi, specificamente, alla fattispecie in esame – nella quale la lesione dell'affidamento deriva dall'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento favorevole agli odierni ricorrenti – le Sezioni Unite ritengono di dover mettere in luce come* ***non sia giuridicamente e logicamente configurabile la riconduzione di simile vicenda all'esercizio di un potere pubblico****, dal momento che la pronuncia giurisdizionale di annullamento non costituisce in alcun modo una manifestazione di volontà dell'Amministrazione, bensì il necessario rimedio all'illegittimità del comportamento da questa in precedenza tenuto.*"

Da ciò l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

Il Consiglio di Stato non si è dato per vinto ed ha continuato a ribadire la propria giurisdizione "*sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dall'affidamento sul provvedimento favorevole*": da ultimo con la sentenza della sez. II, del **4 aprile 2024 n. 3108**, con la quale ha affermato che "*il possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato in punto di giurisdizione con l'orientamento certamente prevalente e della Corte regolatrice* ***potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione*** *delle sentenze di questo Consiglio, le quali sono nel frattempo tenute all'osservanza del principio di dritto (salva nuova rimessione) ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm.*".

E ciò perché, come riconosce correttamente la sentenza dianzi citata, l'ultima parola in tema di giurisdizione spetta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. A meno che non intervenga il legislatore introducendo una modifica all'art. 30 del c.p.a.: a) per attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione in tema di azioni di condanna per il risarcimento del danno anche nell'ipotesi di violazione dell'affidamento oppure: b) per escluderla esplicitamente in favore del giudice ordinario.

***Alberto Borella***