

**ANCORA BREVI NOTE IN ATTESA
DELL'ADUNANZA PLENARIA IN MATERIA DI
LESIONE DELL'AFFIDAMENTO "INCOLPEVOLE"¹**

di MICAELA LOPINTO

SOMMARIO: *Abstract.*; **1.** Il caso sottoposto all'attenzione della IV Sez. del Consiglio di Stato; **2.** Le argomentazioni poste a sostegno della lesione dell'affidamento incolpevole; **3.** I motivi di impugnazione della Pubblica Amministrazione; **4.** La risposta dell'appellata; **5.** La posizione della IV Sezione del Consiglio di Stato; **6.** Sulla questione giurisdizionale e sulla risarcibilità dell'affidamento incolpevole; **7.** La posizione della IV Sezione del Consiglio di Stato "bis"; **8.** Rimessione all'Adunanza Plenaria. La Sezione, in conclusione, rimette alcune questioni all'Adunanza Plenaria.

Abstract

A seguito della emanazione dell'ordinanza di rimessione alla Adunanza Plenaria dell'11 maggio n. 3701 del 2021 della IV

¹ Saggio terminato di scrivere il 21 maggio 2021 ed inserito il medesimo giorno come prima "bozza" su www.academia.edu . Articolo correlato: "*Profili giurisdizionali e danno per lesione dell'affidamento incolpevole. Punti riassuntivi, giurisprudenza, riflessioni già emerse e considerazioni nuove in attesa della decisione dell'adunanza plenaria*", terminato di scrivere il 31/03/2021, inserito il 02/04/2021 su www.academia.edu e pubblicato il 19 Maggio 2021, su ilcaso.it, <https://opinioni.ilcaso.it/opinione/4092>.

Sez. del Consiglio di Stato (che contiene anche una contestuale sentenza parziale), nonché delle recenti pronunce che hanno approfondito il tema dell'art. 2 bis l. 241 del 1990 in questi mesi (AP. n.7 del 2021, Est. Franconiero del 24 Aprile 2021), appare opportuno integrare il precedente commento (“Profili giurisdizionali e danno per lesione dell'affidamento incolpevole. Punti riassuntivi, giurisprudenza, riflessioni già emerse e considerazioni nuove in attesa della decisione dell'adunanza plenaria”), per ragioni di completezza nella esposizione delle questioni giuridiche al momento oggetto di analisi e di studio. A tal fine appare opportuno esaminare preliminarmente e funditus la recente ordinanza di rimessione alla Adunanza Plenaria (con notevole ausilio della stessa pronuncia, della quale, per comodità di lettura, si offrirà una suddivisione per punti invece della classica versione per esteso). Successivamente sarà effettuata una sintesi complessiva delle argomentazioni, astraendole completamente dai casi concreti, al fine di poter individuare dei profili generali e valevoli per la risoluzione di ogni situazione, in attesa che il dibattito venga in buona parte ridimensionato, al fine di garantire una maggiore facilità nella fruizione e nella scelta delle tutele processuali.

1. Il caso sottoposto all'attenzione della IV Sez. del Consiglio di Stato.

L'appellata “A”, con il ricorso di primo grado proposto dal Tar “B”, ha chiesto che il Comune di “C” venisse condannato al risarcimento dei danni subiti per aver confidato in buona fede nella legittimità degli atti di pianificazione urbanistica e dei titoli edilizi emanati dal medesimo Comune (alcuni dei quali in favore del suo dante causa) e in seguito annullati in sede giurisdizionale.

Più precisamente, era accaduto che:

1. L'appellata, in data X, aveva acquistato dal proprio dante causa una porzione di un lotto al quale era stata impressa – in accoglimento di una specifica osservazione del medesimo precedente proprietario – una destinazione edificatoria con la deliberazione del consiglio comunale di C n. X di approvazione di una variante generale al p.r.g.;

2. Il permesso di costruire era stato rilasciato in favore del dante causa in data X ed era stato parzialmente volturato in favore della appellata a seguito della compravendita stipulata tra le parti;

3. Ancora, successivamente, erano stati avviati i lavori di costruzione delle due unità immobiliari;

4. Nel frattempo, la vicina di casa – che aveva impugnato sia l’atto di pianificazione, sia il primo titolo edilizio (con un ricorso notificato al suo dante causa), sia un permesso di costruire in variante (con motivi aggiunti notificati alla stessa appellata, divenuta medio tempore proprietaria dell’area) – otteneva l’annullamento giurisdizionale della variante urbanistica per vizi propri e dei permessi di costruire per illegittimità derivata;

5. Nel corso dell’anno X, il Comune – al dichiarato fine di ottemperare alle suddette sentenze e ritenendo che nella specie potesse trovare applicazione l’art. 38 del TU edilizia n. 380 del 2001 – aveva emanato un atto di sanatoria delle opere edilizie in questione, contestato a sua volta dalla medesima vicina di casa, che nuovamente adiva il Tar per un ricorso di esecuzione per violazione del giudicato;

6. Il Tar accoglieva anche questo secondo ricorso e ingiungeva la demolizione di quanto già realizzato;

7. A seguito di questa pronuncia, l’appellata ha proposto il ricorso di primo grado, ritenendosi ingiustamente lesa dalla “condotta” tenuta dal Comune.

2. Le argomentazioni poste a sostegno della lesione dell’affidamento incolpevole.

Sussisterebbero gli elementi costitutivi della responsabilità dell’Amministrazione, in quanto:

1. Sul piano oggettivo, l’illegittimità degli atti comunali impugnati è stata accertata con sentenza passata in cosa giudicata;

2. Sul piano soggettivo, sarebbero evidenti la colpevolezza e la negligenza del Comune, sia per avere travisato il contenuto delle osservazioni presentate dal dante causa della appellata e di

quelle della vicina di casa in ordine all'adozione e alla approvazione della variante urbanistica del 2004, sia per avere emanato l'atto di sanatoria in applicazione del citato art. 38, in assenza dei relativi presupposti;

3. Sul piano del nesso di causalità, l'appellata ha affermato che ella non avrebbe acquistato la porzione del lotto di terreno, se il medesimo fosse stato privo della destinazione edificatoria, ed inoltre che non avrebbe mai cominciato o proseguito i lavori, se il Comune non avesse rilasciato il primo titolo edilizio al suo dante causa;

4. Infine, sul piano del danno ingiusto e della sua quantificazione, ella ha commisurato le seguenti voci:

- a. il valore dell'area edificabile;
- b. le spese relative ai valori edilizi eseguiti fino al momento della pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato che ha confermato la sentenza di primo grado;

Su tali basi, il Tar ha accolto il ricorso e per l'effetto ha condannato il Comune di C al pagamento in favore della ricorrente delle somme X. Il Comune di C, per contro, ha appellato la sentenza.

3. I motivi di impugnazione della Pubblica Amministrazione.

L'amministrazione ha dedotto che non sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo sulla pretesa risarcitoria azionata a seguito dell'annullamento giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi impugnati dalla vicina di casa della appellata e rivelatisi poi illegittimi e inidonei a soddisfare in maniera stabile e definitiva il suo originario interesse legittimo pretensivo.

La stessa ha sostenuto l'erroneità della sentenza impugnata, la quale non avrebbe correttamente interpretato l'art. 30 cpa in relazione agli artt. 2056 e 1227 cc.; in particolare, la sentenza non avrebbe adeguatamente considerato il comportamento tenuto dalla stessa appellata (che ha realizzato le opere "a suo rischio e pericolo", in pendenza del giudizio di primo grado) e neppure il fatto che ella non avrebbe mai potuto vantare – come

poi è stato accertato con la sentenza passata in giudicato – un’aspettativa giuridica meritevole di tutela al mantenimento degli effetti di atti rivelatisi illegittimi.

Il Comune ha dedotto la violazione dell’art. 30 cpa e dell’art. 2043 cc., perché il Tar avrebbe dovuto ravvisare l’insussistenza della colpa (da considerare quale elemento indefettibile per la sussistenza della responsabilità), per la complessità del travagliato iter amministrativo e giudiziario che ha riguardato la variante del p.r.g., con la quale si era attribuita la capacità edificatoria al lotto in questione, per soddisfare una specifica sollecitazione del dante causa dell’appellata.

4. La risposta dell’appellata.

L’appellata A ha eccepito l’inammissibilità del motivo d’appello sulla insussistenza della giurisdizione amministrativa, sotto svariati profili:

1. In primo luogo, perché il Comune di C, decidendo di non costituirsi nel primo grado del giudizio e sollevando soltanto in appello la questione di giurisdizione, le avrebbe sostanzialmente sottratto la possibilità di svolgere le proprie difese nel corso del giudizio di primo grado;

2. In secondo luogo, perché l’eccezione di difetto di giurisdizione sarebbe stata sollevata per la prima volta in appello, in violazione del divieto dei nova in appello, previsto dall’art. 104 comma primo cpa;

3. In terzo luogo, perché il motivo sarebbe infondato, attenendo la controversia ad un tipico caso di illegittimo esercizio del potere amministrativo accertato con efficacia di giudicato da una sentenza di annullamento di atti autoritativi, sicché la connessa e conseguenziale domanda risarcitoria sarebbe proponibile dinanzi al giudice amministrativo.

Nel merito, l’appellata ha contestato in modo articolato le deduzioni del Comune appellante circa l’assenza degli elementi costitutivi dell’illecito ed ha chiesto la conferma della condanna disposta dalla sentenza impugnata.

5. La posizione della IV Sezione del Consiglio di Stato.

In via preliminare, il Collegio ha ritenuto opportuno esaminare le eccezioni con cui la parte appellata ha contestato sotto diversi profili, sia di rito sia di merito, l'ammissibilità del motivo formulato dal Comune appellante, sulla insussistenza della giurisdizione amministrativa. Con riguardo alle doglianze dell'appellata, ritiene il collegio che non sia fondata l'eccezione appellata, secondo la quale ella avrebbe "perduto" un intero grado del giudizio (quello di primo grado) per controdedurre sul prospettato difetto di giurisdizione, in considerazione del fatto che:

a. È nella legittima facoltà processuale della parte intimata di difendersi o meno nel corso del giudizio amministrativo di primo grado;

b. L'appello al Consiglio di Stato, nei limiti dell'effetto devolutivo e delle preclusioni e delle decadenze già verificatesi, rappresenta un mezzo di gravame e non un mero mezzo di impugnazione, sicché l'intera materia del contendere è rimessa all'intero giudizio in sede d'appello;

c. Il soccombente in primo grado, anche se non si è costituito nel relativo giudizio, con l'atto d'appello può formulare tutte le sue difese di rito e di merito, al fine di ottenere la riforma della sentenza impugnata;

d. L'art. 9 del cpa disciplina specificatamente i limiti al rilievo officioso del difetto di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato;

e. Il giudicato sulla questione di giurisdizione si forma soltanto all'esito dell'esperimento (o della decorrenza dei termini) dei mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento processuale e rispetto alla sua formazione non ha rilevanza il fatto che la parte intimata non si sia costituita nel primo grado del giudizio.

La questione della insussistenza della giurisdizione amministrativa ben poteva essere formulata per la prima volta dal Comune in appello per rimuovere la sua soccombenza, così come espressamente consentito dall'art. 9 cpa, pur in assenza della sua costruzione nel primo grado del giudizio.

6. Sulla questione giurisdizionale e sulla risarcibilità dell'affidamento incolpevole.

1. Premessa.

“[...] La questione in contestazione tra le parti riguarda l'individuazione del giudice (civile o amministrativo) fornito di giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno proposta dal destinatario in una favorevole variante urbanistica e dei conseguenti “provvedimenti ampliativi”, per i pregiudizi conseguenti all'annullamento dei medesimi provvedimenti, disposto dal giudice amministrativo in accoglimento di un altrui ricorso. La Sezione preliminarmente rileva che la questione di principio riguarda non solo i casi in cui in una materia sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (nella specie, la controversia riguarda le conseguenze dell'annullamento di atti di pianificazione e di permessi di costruire, dunque di atti emanati nelle materie dell'urbanistica e dell'edilizia), ma anche i casi in cui sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità, quando il soggetto controinteressato nel processo amministrativo – una volta che si sia determinata la soccombenza “sua e dell'Amministrazione” con l'annullamento di un favorevole atto impugnato – intenda ottenere dall'Amministrazione medesima un risarcimento del danno, proprio perché è stato emanato il provvedimento per lui favorevole, ma che poi è stato annullato, perché risultato illegittimo”.

2. Giurisdizione.

Con ordinanza n. 2013 del 2021 della Sezione Seconda del Consiglio di Stato, come si è già avuto modo di accennare anche nel precedente contributo, si è individuato un contrasto atteso che in alcune pronunce si è aderito alla traiettoria argomentativa sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, con le ordinanze numeri 6594, 6595 e 6596, e con altre ordinanze si è affermato che:

1. *“[...]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 di 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”;

2. “[...] Per contro, in altre pronunce si è affermato che, nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, le domande relative al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati rientrerebbero nell'ambito della cognizione del giudice amministrativo”.

A sostegno del primo orientamento si è chiarito che:

1. La giurisdizione amministrativa presuppone, anche nella variante della giurisdizione esclusiva, una connessione almeno mediata con il potere pubblico;

2. L'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno conseguente al modo in cui essa ha esercitato il potere risponde alle logiche dei principi di concentrazione delle tutele e di equiparazione dei livelli di tutela offerti dalla giurisdizione ordinaria ed amministrativa;

3. Conseguentemente, “[...] l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria costituisce, quindi, uno strumento ulteriore, complementare rispetto alla tradizionale tutela demolitoria, per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”;

4. Ancora e coerentemente con il punto 1, “[...] perché si possa predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, tuttavia, è [necessario] che il danno di cui si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica

amministrazione sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo; in altri termini, che la causa petendi dell'azione di danno sia la illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione”;

5. *Ne discende ancora che “[...] esula, pertanto, dalla giurisdizione amministrativa la domanda con cui il destinatario di un provvedimento illegittimo ampliativo della sua sfera giuridica chieda il risarcimento del danno subito a causa della emanazione e del successivo annullamento di tale provvedimento; la causa petendi di detta domanda [...] è la lesione dell'affidamento dell'attore nella legittimità del medesimo”.*

A sostegno del secondo orientamento si è chiarito che:

1. *Premessa la sempre necessaria sussistenza del collegamento, anche mediato, con il potere pubblico, richiesto dallo stesso art. 7 cpa;*

2. *“[...] La tutela risarcitoria costituisce una tecnica di tutela delle situazioni soggettive, complementare o alternativa rispetto a quella demolitoria, e non già un'ulteriore materia da ripartire tra i giudici (v. le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 della Corte Costituzionale)”;*

3. *Non appare pertanto perfettamente convincente “[...] l'affermazione secondo cui esulerebbe dalla giurisdizione amministrativa la domanda con cui il destinatario di un provvedimento per lui favorevole ma illegittimo, chieda il risarcimento del danno subito conseguente alla sua emanazione e al suo successivo annullamento (disposto in sede giurisdizionale o amministrativa)”;*

4. *“[...] La critica principale si appunta sulla inversione logica che si verrebbe ad operare tra la causa petendi della domanda risarcitoria e la natura dell'illegittimità amministrativa perpetrata e, dunque, in definitiva, sul rapporto tra causa ed effetto (la causa petendi della domanda risarcitoria non potrebbe essere “appiattita” sulla tradizionale distinzione, nell'ambito degli interessi legittimi, tra interesse pretensivo ed interesse oppositivo, come se l'interesse del privato alla*

legittimità dell'azione amministrativa potesse essere ridotto, nell'ambito di quello pretensivo, alla distinzione tra il conseguimento legittimo dell'atto ed il suo successivo mantenimento, trascurando del tutto il nesso relazionale all'interno del quale si svolge il rapporto giuridico procedimentale tra Amministrazione pubblica e privato)".

Ciò premesso, è necessario approfondire la questione sulla posizione giuridica di chi entri in relazione con l'Amministrazione pubblica, attraverso un rapporto procedimentalizzato:

1. Come già statuito anche nel precedente contributo “*si sarebbe di fronte ad una situazione soggettiva creata ad hoc, dapprima identificata nel “diritto alla conservazione del patrimonio”, poi rinominata come “diritto alla tutela dell'affidamento”*”. Più nel dettaglio, le SSUU civili sono tornate sulle proprie statuizioni, chiarendo che “*il patrimonio di un soggetto è l'insieme di tutte le statuizioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo. La conservazione dell'integrità del patrimonio, pertanto, altro non è che la conservazione di ciascuno dei diritti, e delle altre situazioni soggettive attive, che lo compongono. La nozione di “diritto alla conservazioni dell'integrità del patrimonio”, risulta dunque, in definitiva, priva di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto”*;

Ancora ed operando una ulteriore scissione sostanziale e processuale:

1. Sul piano sostanziale, le SSUU non avrebbero “*attribuito rilievo alle posizioni giuridiche soggettive riconducibili alla dinamicità del procedimento amministrativo, nel rapporto tra chi abbia chiesto ed ottenuto il procedimento e l'Amministrazione pubblica, ed hanno individuato un distinto titolo giuridico “dell'obbligazione”, considerando rilevante l'art. 1173 cc., per il quale le obbligazioni derivano da*

contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico”;

Al riguardo, occorre ricordare che:

1. *“[...] L'interesse legittimo pretensivo esprime sia l'interesse sostanziale rappresentato dalla pretesa ad ottenere un “bene della vita”, sia l'interesse procedimentale per cui il provvedimento finale sia emanato seguendo il procedimento previsto dalla legge. Non si tratta di un mero interesse [...] protetto per il tramite della tutela primaria della legalità amministrativa, bensì di una situazione giuridica immediata, diretta, concreta e personale del privato (per i relativi approfondimenti, sentenza n. 7 del 2021 dell'Adunanza Plenaria)”;*

2. *“Può risultare, dunque, artificioso il sovrapporre ad una tale posizione giuridica soggettiva una diversa situazione sostanziale (da richiamare per individuare una “diversa” giurisdizione), basata sul principio del neminem laedere (il cui ambito di efficacia prescinde dalla esistenza di un preesistente rapporto tra danneggiante e danneggiato) o anche su un “contatto sociale” (categoria che può giustificare nell'ambito della giurisdizione civile la soluzione secondo giustizia di determinate tipologie di controversie senza alterare i criteri di riparto della giurisdizione, ma che di per sé è incongruamente richiamata quando si tratti dell'esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere, come ha chiaramente evidenziato anche la citata sentenza n. 7 del 2021 dell'Adunanza Plenaria)”;*

3. *“In quest'ottica prospettica, per considerazioni sistematiche la Sezione ritiene che l'interesse pretensivo risulta di per sé leso quando l'Amministrazione emana il diniego avente natura autoritativa, ovvero resta inerte (risultando illogico e in contrasto con la legge n. 241 del 1990 il ritenere che nel corso del procedimento l'inerzia dell'attività amministrativa – disciplinata dalle leggi amministrative sostanziali e processuali – sia definibile come un comportamento sottoposto al diritto privato)”;*

4. *“L’interesse pretensivo: costituisce il presupposto logico-giuridico del diritto che poi vanta il richiedente qualora in accoglimento dell’istanza vi sia il rilascio di un permesso, di una concessione, di una licenza o di un altro atto abilitativo “comunque denominato”;*

Sotto il profilo prettamente processuale:

1. Sul piano processuale, invece, il considerare irrilevante il nesso sussistente tra l’interesse legittimo del privato – l’avvenuto esercizio del potere e la posizione giuridica dell’eventuale controinteressato che abbia ottenuto l’annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale – ha indotto le SSUU a ravvisare una distinta situazione soggettiva devoluta alla giurisdizione del giudice civile.

7. La posizione della IV Sezione del Consiglio di Stato “bis”:

1. *“[...] Nella prassi, quando l’Amministrazione dapprima accoglie una istanza e poi annulla il titolo abilitativo perché risultato illegittimo, il secondo provvedimento comporta il rigetto della istanza medesima. Lo stesso avviene in sostanza quando sia rilasciato un atto abilitativo (ad esempio, un permesso di costruire) e questo sia annullato dal giudice amministrativo su istanza di chi vi abbia interesse (ad esempio, “del vicino”, come è avvenuto nel caso della variante urbanistica e dei permessi rilasciati dal Comune di C)”;*

2. *“[...] Allorquando sia stato annullato l’atto abilitativo e dunque non sia più configurabile il diritto ad esso conseguente, l’originario richiedente torna ad essere titolare di un interesse legittimo. In fondo, si tratta del ripristino della dinamica delle posizioni giuridiche, già segnalata dalla Seconda Sezione, con l’ordinanza n. 2013 del 2021[...]il controinteressato soccombente va qualificato come titolare di una posizione soggettiva contrapposta e speculare a quella del ricorrente vittorioso, in un quadro nel quale tra di loro e nei confronti*

dell'Amministrazione non vi sono diritti soggettivi da fare valere”;

3. *“[...] Qualora il controinteressato soccombente nel giudizio di legittimità intenda formulare una domanda risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione anch'essa soccombente, la relativa causa petendi riguarda proprio il come è stato in precedenza esercitato il potere amministrativo e si deve verificare se il vizio dell'atto – oltre ad aver comportato il suo annullamento – deve avere conseguenze sul piano risarcitorio”;*

4. *“[...] La lesione arrecata all'interesse legittimo è configurabile sia quando l'istanza non sia accolta e vi sia un diniego poi annullato su ricorso incidentale, sia quando l'istanza sia accolta ed il titolo abilitativo sia annullato su ricorso di chi vi abbia interesse. In entrambi i casi, non sono ravvisabili (ab origine o a seguito dell'atto o della sentenza di annullamento) diritti soggettivi e rileva l'art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo, per il quale “sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”;*

5. *“[...] Diversamente opinando, si produrrebbe un ingiustificato e irragionevole scollamento tra fatto e diritto, tra procedimento e processo, sottraendo al giudice amministrativo, che per l'art. 103 della Costituzione conosce degli interessi legittimi, una parte fondamentale dell'agire amministrativo, e cioè quello autoritativo manifestatosi attraverso provvedimenti favorevoli al richiedente, ma giuridicamente non rispettosi del paradigma legale”;*

6. *“[...] La pretesa risarcitoria non è riconducibile ad un comportamento o ad una condotta di rilievo privatistico o svolta in via di mero fatto e che potrebbe essere serbata da un quisque de populo in spregio al principio del neminem laedere, ma si*

duole dell'esercizio (o del mancato esercizio) del potere amministrativo, disciplinato dal diritto pubblico:

a. Sotto l'aspetto soggettivo, si tratta di provvedimenti e di attività della pubblica amministrazione;

b. Sotto l'aspetto oggettivo, si tratta di poteri disciplinati dalla legge n. 241 del 1990 e dalle altre leggi amministrative;

c. Sotto l'aspetto funzionale, si tratta di verificare le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere”;

7. “[...]l’ordinanza n. 2013 del 2021 delle SSUU del Consiglio di Stato ha già osservato che è prioritario qualificare l’illecito in senso logico ed eziologico, anziché in senso meramente cronologico (“atteso che l’ordinamento attribuisce, in ossequio al principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, alla cognizione del giudice amministrativo tutti gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dell’esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l’amministrazione e che la circostanza che il danno non sia direttamente cagionato dal provvedimento, ma derivi dal suo annullamento, attiene soltanto al piano cronologico e non, per contro, a quello logico ed eziologico, stante la riconducibilità diretta del pregiudizio al provvedimento amministrativo”).

Sulla base delle argomentazioni sin qui esposte e, per ragioni di comodità, come si è fatto nel precedente contributo, suddivise in punti riassuntivi, la sezione ha rimesso all’AP del Cds il quesito se sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall’avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi siano risultati soccombenti in un giudizio amministrativo, proposto dal vicino, all’esito del quale sia stata annullata per vizi propri la medesima variante e siano stati annullati per illegittimità derivata i conseguenti permessi di costruire.

Passando ora ai profili risarcitori:

1. “Occorre chiarire che non qualsivoglia affidamento del privato può essere posto a base di una domanda risarcitoria,

per il solo fatto dell'annullamento di un provvedimento amministrativo favorevole”;

2. “Infatti, occorrerebbe sempre tenere conto delle peculiarità della fattispecie concreta, da apprezzarsi caso per caso, alla luce degli accadimenti effettivamente svoltisi nel corso del procedimento amministrativo e tenendo conto delle modalità con cui è stata presentata l'istanza poi accolta dall'Amministrazione con l'atto poi annullato”.

Ribadendo, allora, alcune peculiarità del caso, occorre considerare che:

1. La vicenda trae origine da una favorevole variante urbanistica e da permessi per costruire, e cioè da provvedimenti emessi dal Comune di C in accoglimento delle istanze del dante causa della appellata, e dai titoli edilizi che ella ha chiesto di volturare in proprio favore, ritenendoli conformi ai suoi interessi, negli stessi termini in cui lo erano per il suo dante causa;

2. L'interessata ha difeso in giudizio gli atti in questione, risultando soccombente, come l'Amministrazione, sia nel giudizio di annullamento sia in quello, successivo, di esecuzione per violazione del giudicato, laddove è stata definitivamente acclarata la non sanabilità delle opere nemmeno ai sensi dell'art. 38 TU edilizia;

3. Ad avviso dell'appellata, l'affidamento ingenerato dal Comune si sarebbe sostanziato nella propria convinzione di aver titolo ad ottenere (e mantenere) i permessi per costruire;

In relazione al punto 3 si è evidenziato che la stessa Plenaria n. 2013 del 2021 ha chiarito che:

1. Secondo un primo orientamento, *“la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo ha accertato l'assenza di un danno ingiusto, perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo. Tanto che l'amministrazione, qualora avesse posto in essere una condotta jure avrebbe dovuto respingere l'istanza di concessione edilizia e per cui 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 scia – 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 verifica del danno”;

2. Secondo un diverso orientamento, *“favorevole al riconoscimento della risarcibilità della lesione dell’affidamento del privato verso un provvedimento illegittimo, annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale, seppur in presenza di stringenti limiti in tema di prova della colpa dell’amministrazione, del danno subito dall’istante e del nesso di causalità tra l’annullamento ed il predetto danno [si veda] Cds sezione IV, sentenza 20 dicembre 2017, n. 5980; Tar, Campania, Napoli, sezione VIII, sentenza 3 ottobre 2012, n. 4017, dove si riconduce la tematica de qua alla responsabilità precontrattuale)”*.

Ciò premesso, occorre ribadire quanto già chiarito anche nel precedente lavoro, ovvero che:

a. L'affidamento è un istituto giuridico che taglia trasversalmente l'intero ordinamento giuridico e senza dubbio assume rilievo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni, anche nelle fattispecie in cui vi è esercizio di potere di natura pubblicistica;

b. L'affidamento non è un diritto soggettivo, ma una situazione giuridica soggettiva dai tratti peculiari propri, idonea a fondare una particolare responsabilità, che si colloca tra il contratto ed il torto civile;

c. Premessi i primi due punti, occorre pur sempre ricordare che per aversi un affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato occorre: una condotta della pubblica amministrazione connotata da mala fede o da colpa in grado di far sorgere nell'interessato, versante in una condizione di buona fede,

un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita; che la fiducia risposta da quest'ultimo in un esito del procedimento amministrativo a lui favorevole sia ragionevole e non colposamente assunta come fondata (si ricordi, sul punto, la cd. logica della spettanza);

d. Ai fini dell'affidamento, l'ipotesi dell'annullamento del provvedimento favorevole in sede giurisdizionale va tenuta chiaramente distinta da quella di annullamento d'ufficio in autotutela e dalla revoca, in quanto, a fronte della medesima domanda di risarcimento del danno, le *causae petendi* sono differenti. Occorre pertanto, nell'esame dei precedenti giurisprudenziali utili ai fini della decisione, operare una selezione tra casi di annullamento in autotutela e casi, come quello in esame, di precedente annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale.

Segue: focus sui profili risarcitori

Con riguardo alla posizione del Comune, occorre chiarire che la IV Sezione ha evidenziato che: “[...] *Nel caso dell’annullamento d’ufficio, l’eventuale affidamento del privato è stato ab antiquo considerato rilevante dalla giurisprudenza anche consultiva di questo Consiglio, sulla rilevanza del tempo decorso dall’emanazione dell’atto illegittimo e sull’onere dell’Amministrazione di basare l’atto d’annullamento su una adeguata motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico attuale (salve precisazioni necessarie nei casi in cui siano stati commessi illeciti in materia edilizia). Quando invece avverso l’atto abilitativo è proposto un ricorso al giudice amministrativo da parte di chi vi abbia interesse, la sentenza di annullamento non può tenere conto di un legittimo affidamento rilevando il vizio dell’atto annullato. Sotto tale profilo, può risultare condivisibile la deduzione difensiva del Comune appellante, secondo cui chi esegue un provvedimento – che sia stato tempestivamente impugnato – lo fa a suo rischio e pericolo. Non sembra infatti che possa sussistere un “legittimo affidamento”, da porre alla base di una domanda risarcitoria nei confronti dell’Amministrazione, quando il beneficiario dell’atto – avvertito della possibilità che questo sia annullato – ritenga di*

effettuare spese, che ragioni di prudenza potrebbero indurre ad evitare. Si può ritenere, in tal caso, che vi sia una “scelta consapevole” di dare esecuzione ad un atto, malgrado sia stata tempestivamente dedotta la sua illegittimità, poi rilevata dal giudice. Una tale “scelta consapevole” non può che risultare decisiva anche per escludere sotto il profilo causale la riferibilità del danno all’Amministrazione. Tali considerazioni possono rilevare a maggior ragione quando l’interessato abbia cominciato una attività sulla base di una denuncia di inizio di una attività o dichiarazioni analoghe e poi il giudice amministrativo abbia ravvisato l’insussistenza dei relativi presupposti, censurando la mancanza di provvedimenti repressivi dell’Amministrazione. Anche in questi casi – in capo a chi ha presentato una dichiarazione contrastante con la normativa di settore – non sembra che si possa ravvisare un affidamento meritevole di protezione, dovendo egli imputare solo a se stesso il pregiudizio conseguente all’accertamento della insussistenza dei relativi presupposti. Allorquando si tratti dell’annullamento in sede di autotutela di un provvedimento risultato illegittimo, è dunque ben difficile innanzitutto ravvisare un affidamento “incolpevole”, quando l’illegittimità era riscontrabile dal suo stesso beneficiario. Inoltre, per il caso di annullamento in sede di autotutela, la legge n. 241 del 1990 dispone dettagliate regole riguardanti l’esercizio del relativo potere: da nessuna disposizione e da nessun principio generale si può desumere una regola per la quale l’Amministrazione dovrebbe temere di esercitare il proprio potere di annullamento d’ufficio, perché il destinatario dell’atto di annullamento potrebbe agire per ottenere il risarcimento del danno conseguente al ripristino della legalità. In sostanza, non può che affermarsi la sussistenza di un principio di non contraddizione, per il quale l’Amministrazione – qualora abbia riscontrato di aver emanato un provvedimento illegittimo – non può essere posta nella asistemica alternativa di annullare tale provvedimento e di dover risarcire il danno al beneficiario dell’atto illegittimo, oppure di non annullare affatto il provvedimento, per evitare la proposizione della domanda risarcitoria. Anche per i casi di annullamento in sede giurisdizionale dell’atto illegittimo dovrebbe rilevare il principio di non contraddizione. Nel caso di annullamento del permesso di costruire risultato illegittimo, si verifica la

soccombenza del destinatario del titolo, che riveste la qualifica di controinteressato nel giudizio proposto avverso di esso. Ammettere che il controinteressato soccombente possa chiedere il risarcimento del danno, nei confronti della autorità emanante, significa affermare che in ogni caso il beneficiario del provvedimento illegittimo non risponderebbe delle conseguenze di tali illegittimità ed anzi di esse comunque si avvantaggerebbe, poiché la sua soccombenza rispetto alla domanda d'annullamento sarebbe "compensata" dalla sua possibilità di ottenere il ristoro economico dall'Amministrazione, rendendo irrilevante se non altro il principio di autoresponsabilità".

Tali passaggi, per quanto *prima facie* condivisibili, possono rendere opportune delle considerazioni aggiuntive, alcune conformi e, quindi pienamente adesive, altre divergenti.

Appare, *prima facie*, condivisibile la scelta di attribuire rilievo alla circostanza secondo la quale debba essere esclusa l'esistenza di un legittimo affidamento, da porre alla base di una domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione qualora vi sia pendenza di giudizio sul provvedimento favorevole poi dichiarato illegittimo. Tuttavia, la presente considerazione, per quanto sempre apprezzabile, può rendere opportuna una ulteriore suddivisione. Potrebbe essere opportuno distinguere, in linea puramente teorica e, dunque, svincolata dalla situazione concreta oggetto di attenzione dell'ordinanza, tra le ipotesi in cui l'attività sia stata già iniziata al momento della impugnazione del provvedimento e le ipotesi in cui l'attività non sia stata ancora iniziata ed il provvedimento diventi "pendente" in giudizio. Effettivamente, appare senza dubbio corretto escludere l'esistenza di un affidamento/posta risarcitoria qualora l'attività non sia stata iniziata proprio perché l'avvio dipende da quella che è stata definita "una consapevole scelta" della parte (e potrebbe apparire corretto anche considerando che, con il blocco, lo stesso rischia di precludersi la riallocazione delle risorse; da qui il rilievo del fattore tempo di cui al par. 8, punto n. 2, let b).

A diverse considerazioni potrebbe prestarsi la posizione di chi aveva già iniziato la propria attività ed abbia poi visto "pendente" il provvedimento (anche eventualmente in autotutela, nonostante si siano differenziate le ipotesi di

annullamento giurisdizionale dalle ipotesi di annullamento in autotutela).

Le ragioni della diversificazione derivano dalla esigenza di considerare che anche “il blocco” delle attività ha dei costi che non ineriscono solamente al classico “aumento del costo del materiale”, tipico caso di scuola delle ipotesi di danno da ritardo, ma anche al prezzo da pagare per il “fermo” delle attività (rovina dei materiali edilizi e delle parti di opera già realizzate). Pertanto, appare più difficile negare l’esistenza di un affidamento incolpevole in questa particolare “sotto-ipotesi”. Con riguardo, ancora, ai casi di DIA/SCIA, l’esclusione delle poste risarcitorie, coerentemente con quanto statuito incidentalmente anche nel precedente contributo, cui si rinvia, da un lato, può essere più facilmente condivisibile. Dall’altro, acuisce l’esigenza di diversificazione delle ipotesi in presenza di permessi per costruire/atti autorizzatori (discrezionali? vincolati? personali? reali?) / provvedimenti amministrativi appena operata. La differenza tra le ipotesi in cui si ammette la SCIA e le ipotesi in cui si rende necessario l’intervento della amministrazione segna, infatti, il passaggio (imprecisamente) tra le ipotesi di “responsabilizzazione” del privato e le ipotesi in cui il privato ha “bisogno di un ausilio/verifica esterna/controllo preventivo” prima di poter procedere, per la difficoltà del settore edilizio e per l’impatto che lo stesso possiede in relazione al generale (e qui, di nuovo, imprecisamente definito) “ordine urbanistico”.

Con riguardo all’asserita violazione del principio di non contraddizione, si vuole in questa sede ricordare come dire che sarebbe contraddittorio affermare che la PA possa essere posta di fronte alla scelta di “annullare e pagare” o “non annullare” rischia di non tener conto della esigenza di rispettare la *ratio* del pur sempre valido principio europeo di *legitimate expectation* e, più in generale, dell’indennizzo *ex art. 21 quinquies* e dei 18 mesi in materia di annullamento *ex art. 21 nonies*. E’ vero, come è stato anche proposto, che per dirimere la presente questione, occorrerebbe scindere, nella ricerca dei precedenti giurisprudenziali, tra annullamento in autotutela ed annullamento giurisdizionale, ma, proprio per il rilievo notevole che acquisiscono le norme sull’autotutela, più che invocare il predetto principio, si potrebbe provare ad invocare un diverso

principio, quel “principio nascosto” posto anche alla base della *compensatio lucri cum damno* oppure dell’ingiustificato arricchimento. Nessuno può arricchirsi più del dovuto a mezzo di uno stesso “fatto illecito” (annullamento di un provvedimento illegittimo, solo dopo la sua emanazione) senza una buona ragione (continuando con l’esempio del principio: norma che giustifica il danno punitivo, giusta causa dello spostamento), pertanto il privato non può pretendere di ottenere un risarcimento da lesione dell’affidamento da una pubblica amministrazione quando: **a.** la sua attività non è ancora iniziata e pende un giudizio di annullamento del provvedimento; **b.** ha iniziato una attività liberalizzata pur in presenza di ragioni ostative al regolare e lineare espletamento della stessa. E ciò perché – mutuando un principio che si è in questa sede definito “nascosto” perché i casi che interessano l’affidamento non sempre consentono di ritenere sussistenti i requisiti della *compensatio* – in ragione del medesimo “fatto” (annullamento di un provvedimento dopo la sua emanazione) egli otterrebbe sia un danno (perdita, seppur solo postuma, del titolo abilitativo) sia un vantaggio consistente nell’ottenimento del risarcimento trovandosi, in deroga alla teoria differenziale, in una posizione migliore di quella iniziale poiché otterrebbe non solo il “beneficio” consistente nel non subire conseguenze nonostante egli abbia **a.)** nel caso della DIA/SCIA iniziato una attività potenzialmente lesiva dell’ “*ordine urbanistico*”, **b.)** nel del provvedimento autorizzativo o nel permesso per costruire, una attività che non avrebbe potuto esercitare e che ciò nonostante ha intrapreso lo stesso, ma otterrebbe anche un risarcimento (secondo beneficio). Pertanto può dirsi che l’assenza di conseguenze “compensa” il danno subito ed automaticamente esclude il secondo vantaggio, lesivo della teoria differenziale poiché non sussiste un danno ulteriore da risarcire. Qualora non si intenda aderire a tale ricostruzione, che può apparire artificiosa oppure eccessivamente farraginoso, potrebbe semplicemente escludersi il risarcimento invocando l’art. 1227 cc.

Segue: secondo focus sui profili risarcitori.

“Comunque, sempre con riferimento all’ipotesi del permesso di costruire illegittimamente rilasciato, si può affermare che 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, la quale è accolta (de plano o previ accertamenti) perché l’Amministrazione la ha considerata attendibile, “fidandosi” del titolo professionale di chi l’ha predisposta. Sotto tale profilo, non sembra che possa parlarsi di un affidamento “incolpevole”, quando il richiedente per il tramite del progettista abbia presentato un progetto di per sé non assentibile. Il committente non può che rispondere dell’errore commesso dal progettista e può agire nei suoi confronti con la relativa azione contrattuale. In questo contesto, quando sia stato annullato un permesso illegittimo seguito dalla realizzazione delle opere, potrebbe riscontrarsi un vulnus alla integrità dell’ambiente e del territorio, configurandosi una fattispecie in cui chi ha ottenuto il permesso illegittimo, più che essere la “vittima di un illecito”, ne risulta l’autore. Tali considerazioni a maggior ragione possono rilevare, per i casi in cui l’attività edilizia consegua alla presentazione di una dichiarazione di parte, in assenza di un formale atto autoritativo abilitativo. Nei casi concreti, in presenza dei relativi presupposti di fatto, può rilevare anche il principio generale desumibile in materia di illeciti dall’art. 48 del codice penale (sull’errore determinato dall’altrui inganno), per il quale “del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l’ha determinata a commetterlo”. Pertanto, in linea di principio si potrebbe affermare, in linea col principio di autoresponsabilità, che non può fondatamente chiedere alcun risarcimento chi proponga una istanza di per sé non accoglibile, quando vi sia una asseverazione o una dichiarazione di parte, che in qualsiasi modo attesti la spettanza di un titolo abilitativo, in realtà non spettante. Dovrebbero inoltre rilevare anche tutte quelle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988, circa le regole di diligenza, anche sulla conoscenza della normativa applicabile, cui si devono attenere coloro che svolgono attività in determinati settori della vita sociale. Sembra inevitabile dunque distinguere i casi in cui l’illegittimità sia riconducibile esclusivamente ad un errore commesso dall’Amministrazione, dagli altri casi in cui

*l'illegittimità consegua alla presa d'atto di elementi poi risultati insussistenti: chi propone una domanda inaccoglibile non potrebbe dunque chiedere il risarcimento, nei casi in cui l'Amministrazione, dopo aver espressamente o tacitamente accolto l'istanza, assecondando l'iniziativa, ripristini la legalità con l'emanazione di un annullamento d'ufficio. Dovrebbe inoltre rilevare una ulteriore regola, per la quale, nel caso di emanazione di un provvedimento *ictu oculi* illegittimo (come nel caso di emanazione di una autorizzazione paesaggistica immotivata), la palese illegittimità dell'atto dovrebbe fare escludere la fondatezza della domanda risarcitoria di chi abbia ritenuto di porre in essere le attività costruttive, per di più prima che il provvedimento sia divenuto inoppugnabile o in pendenza del relativo giudizio di impugnazione. Anche in tali casi, l'esecuzione di un provvedimento *sub iudice* potrebbe dare luogo ad un comportamento imprudente ed "a proprio rischio e pericolo", rispetto al quale la successiva sentenza d'annullamento non costituisce un evento imprevedibile".*

Anche tali considerazioni si prestano ad alcuni rilievi, alcuni adesivi, altri lievemente contrari.

Appare certamente condivisibile la considerazione secondo la quale occorre prestare attenzione alla figura del progettista (che può rispondere o in via contrattuale per contratto d'opera professionale o *ex artt. 1667 o 1669 cc.* o in via extracontrattuale, in ragione della natura "doppia" dell'art. 1669 cc.), così come appare perfettamente condivisibile il diniego di risarcimento in ipotesi di provvedimento illegittimo *ictu oculi*. Pur tuttavia, in relazione ai principi che possono essere tratti dall'applicazione dell'art. 48 cp. al diritto amministrativo, si potrebbero svolgere delle ulteriori e aggiuntive precisazioni. I riferimenti ai terreni penalistici sono sempre incisivi ed apprezzatissimi (ed usati spesso non solo da chi scrive, ma anche da tanti operatori del diritto in tante discipline). Può apparire utile, però, scendere nel dettaglio, ricordando che il diritto civile (di cui è figlio il diritto amministrativo) opera su una più approfondita ricostruzione del nesso causale. Il diritto civile, diversamente rispetto al diritto penale, che si regge quasi esclusivamente sui capi di imputazione, sulle concause e sul concorso di persone, conosce con estrema facilità le graduazioni della colpa (art. 2055 cc.) ed i concorsi causali omissivi e commissivi nei fatti, specie se

riferiti alla responsabilità (contrattuale o extracontrattuale *ex* artt. 1667 o 1669 cc.) del progettista. Volendo spiegare meglio il concetto, occorre valutare che il terreno penale non conosce (quantomeno negli stessi identici termini del diritto civile) tre elementi, in verità: la buona fede o mala fede (conosce solo il dolo o la colpa), il concorso omissivo o commissivo nella verifica del danno discendente dalla esecuzione di una obbligazione assunta dal “padrone” *ex* art. 1228 cc., la graduazione della colpa *ex* art. 2055 cc., la selezione delle conseguenze *ex* art. 1223 cc. ed il concorso di colpa *ex* art. 1227 cc. (per come collegato alla causalità giuridica di cui all’art. 1223 cc.).

Tutte queste precisazioni non sono l’equivalente di una censura di stile, bensì nascono dalla volontà di evitare sin dall’inizio alcune incomprensioni che saranno esaminate anche nell’ultimo par. 8.

Dunque, questi elementi possono apparire meritevoli di considerazione quando si decide di escludere l’affidamento/posta risarcitoria in ipotesi di errore di progettazione. Potrebbe apparire opportuno, in altri termini, indagare *funditus* il ruolo del progettista nel cagionarsi del “danno” e valutare se: **a.** lo stesso “danno dal lesione dell’affidamento” si traduca in realtà in “un danno imputabile per intero al progettista”, così escludendo in toto la responsabilità della Pubblica Amministrazione, la cui condotta in alcun modo incide sul nesso causale; **b.** se la Pubblica amministrazione avesse o meno un potere di controllo *ex ante* (*es.* è una verifica che richiede mezzi propri solo di una PA? Il progettista la verifica può farla negli stessi termini in cui può farla la PA? Ha i medesimi “mezzi”?) su un operato che, di fatto, prevede anche il coinvolgimento del progettista nella presentazione di una istanza per l’ottenimento di un provvedimento amministrativo. E’ naturale che il privato si avvalga della professionalità di altri soggetti per poter presentare una istanza in un settore così difficile e capillare qual è quello urbanistico, settore che spesso mette in difficoltà gli stessi esperti. Pertanto, a completamento delle riflessioni sulla figura del progettista, si può aggiungere che tale indagine meriterebbe di esser fatta (ed è senza ombra di dubbio molto apprezzata) anche solo ai fini di un rigetto della istanza del privato, per

potergli permettere più facilmente di agire in sede contrattuale/extracontrattuale nel giudizio privato-privato con maggiore “speditezza” di mezzi anche mediante ricorso a strumenti alternativi (proviamo: sommari?) rispetto al giudizio ordinario con pregevole accorciarsi dei tempi delle tutele.

Segue: terzo focus sui profili risarcitori (concorso di colpa)

Nella ordinanza in commento si è chiarito che *“l’appellata avrebbe potuto evitare la verifica del danno per il quale ha chiesto il risarcimento, con la conseguente applicazione dell’art. 1227 cc. e dell’art. 30 comma 2 cpa, per il quale il giudice “esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza”.*

Più precisamente, il Comune di C ha evidenziato che:

1 *“[...]L’amministrazione a suo tempo ha assecondato la pretesa del dante causa dell’appellata di rendere edificabile l’area, con gli atti impugnati innanzi al Tar B con il ricorso del 2006, cui sono seguiti motivi aggiunti, proposti rispettivamente contro il permesso di costruire e quello in variante”;*

2 *“Non è imputabile al Comune l’eventuale mancata comunicazione, da parte del suo dante causa, della pendenza del giudizio amministrativo proposto avverso la variante urbanistica ed il primo permesso”;*

3. *“Rileva il fatto che il primo permesso di costruire fu impugnato nel 2008 e che come la stessa appellata ha dichiarato (depositando un atto privo di data certa), il contratto d’appalto è stato stipulato nel 2008, dunque dopo la notifica dell’impugnazione, cominciando evidentemente i lavori “nella piena consapevolezza dell’alea derivante dalla già proposta impugnazione”, senza fermare i lavori neppure dopo l’impugnazione del secondo permesso di costruire rilasciato in variante”;*

4. *“[...]La Sezione rileva, dunque, che effettivamente si potrebbe escludere nella specie un affidamento “incolpevole”: esso può essere ravvisato, in presenza di tutti gli altri presupposti sulla assenza del conseguimento di un vantaggio*

con comportamenti fraudolenti o inducenti in errore, quando si sia consolidato nel tempo, con la conservazione della utilità per un lasso di tempo tale da rendere ragionevole la sua stabilità, ciò che difficilmente si può ravvisare quando si ottenga un atto abilitativo di per sé impugnabile e in concreto già impugnato”;

5. *“[...]Rileva altresì quanto dedotto dal Comune col terzo motivo d’appello, secondo cui in concreto neppure sussisterebbe la colpa del Comune, rilevante anche ai sensi dell’art. 30 del Codice del processo amministrativo”;*

6. *“[...]L’amministrazione ha richiamato le vicende che hanno condotto all’emanazione della sentenza del Tar, poi confermata in sede d’appello, per evidenziare che comunque si dovrebbe escludere ogni profilo di sua colpa, per la particolare complessità della vicenda e per l’impasse in cui essa si era trovata, nel deliberare in sede di variante urbanistica a favore del dante causa dell’appellata e nel cercare di porre rimedio all’errore, effettuato per assecondare le sue aspirazioni”;*

Osserva, al riguardo, la Sezione che *“si potrebbero desumere elementi univoci e chiari, tali da evidenziare come il Comune appellante abbia inteso assecondare le aspirazioni di carattere edificatorio del dante causa dell’appellata, incorrendo si in quelle illegittimità segnalate dal vicino, ma nell’ambito di una situazione estremamente complessa. Al riguardo, dalla lettura della sentenza del Tar, si desume che: 1. Essa ha in sostanza riscontrato l’illegittimità della delibera del consiglio comunale, per una contraddizione tra il contenuto delle osservazioni formulate dal dante causa dell’appellata e quelle formulate (in tempi diversi) dalla vicina che ha impugnato gli atti poi annullati con la medesima sentenza; 2. Tale contraddizione è originariamente dipesa da un mero errore materiale che aveva riguardato la numerazione delle medesime osservazioni e dal travisamento del contenuto delle osservazioni della vicina; 3. La sentenza ha altresì ravvisato un difetto di motivazione della delibera consiliare, per il fatto che essa sia è discostata dai precedenti pareri del progettista e dell’ufficio urbanistica, oltre che un profilo formale di mancata trasmissione dell’avviso dell’avvio del procedimento di riesame. [...]Stando così le cose, si potrebbe senz’altro ritenere che il procedimento*

amministrativo – volto a soddisfare anche interessi privati in conflitto, tra cui sia quelli del dante causa dell'appellata, sia quelli della vicina, si è caratterizzato per una particolare complessità: gli atti di pianificazione sono sì risultati viziati di profili di illegittimità, ma in un quadro complessivo nel quale non sembra che si possa formulare un giudizio di rimproverabilità nei confronti del Comune.[...]Ancora il Tar ha rilevato come il Comune, una volta emanati gli illegittimi atti in sede di pianificazione, abbia cercato di sanare con provvedimenti ad hoc la situazione, cioè abbia tenuto talmente in conto la situazione in cui versava l'appellata, pur se ella da tempo avvertita dalla vicenda, al punto da emanare l'illegittimo atto di sanatoria in suo favore: di tale condotta (lesiva in realtà della posizione della vicina) non si può certo dolere l'appellata, volendo il Comune invece salvaguardarla anche a costo di emanare un ulteriore atto illegittimo (quello di sanatoria, emesso però in violazione dell'art. 38 del testo unico sull'edilizia, come il Tar ha rilevato in accoglimento delle ulteriori doglianze della vicina)”.

Su tali ultimi aspetti possono essere svolte delle precisazioni, alcune anche adesive.

Appare di certo apprezzabile, sotto tutti i fronti, la precisazione della sussistenza di una condotta di ravvedimento operoso del Comune, che ha cercato di sanare gli atti illegittimi. Ciò che in questa sede si intende evidenziare è che può apparire meno condivisibile (sempre, lo si ribadisce, ragionando in astratto ed al di fuori del caso concreto) la scelta di giustificare la posizione del Comune nell'atto di emanare un provvedimento per “assecondare” la posizione del privato. Il controllo *ex ante* dei permessi per costruire nasce per proteggere un prevalente interesse pubblico ed è pertanto quest'ultimo a dover prevalere, non quello del privato, se la sua azione edificatoria si concreta in un *vulnus* per l'ambiente (è l'essenza della differenza esistente in termini di livello di tutela tra diritto soggettivo ed interesse legittimo). Tale appunto nasce dalla preoccupazione dettata dalle ipotetiche censure che alcuni potrebbero sollevare asserendo che scegliere di assecondare il privato nell'ambito della sua attività edificatoria e poi negargli il risarcimento da lesione dell'affidamento asserendo che egli, con la sua domanda, ha generato un *vulnus* al settore ambiente/urbanistico

significherebbe attribuirgli una forma di responsabilità che, in vero, non sussiste.

Concludendo questo focus, in parte coerentemente anche con alcune statuizioni della ordinanza del 2020 delle SSUU civili cui si rinvia, ad avviso della Sezione:

1. Deve sussistere la rimproverabilità dell'Amministrazione anche quando si intenda ottenere un risarcimento per il danno cagionato all'affidamento "incolpevole" (così come avviene quando sia proposta una domanda risarcitoria per lesione di un interesse legittimo pretensivo a seguito dell'annullamento di un diniego);

2. Nella specie potrebbe risultare fondato il motivo d'appello sulla assenza della rimproverabilità del Comune, in considerazione di tutte le circostanze e della complessità della vicenda che ha dato luogo a suo tempo alla sentenza di annullamento.

8. Rimessione all'Adunanza Plenaria. La Sezione, in conclusione, rimette alcune questioni all'Adunanza Plenaria:

1. se sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi siano risultati soccombenti in un giudizio amministrativo, proposto dal vicino, all'esito del quale sia stata annullata per vizi propri la medesima variante e siano stati annullati per illegittimità derivata i conseguenti permessi di costruire – e, più in generale, se sussista sempre la giurisdizione amministrativa quando – su domanda del ricorrente vittorioso o su domanda del controinteressato soccombente (che proponga un ricorso incidentale condizionato o un ricorso autonomo) – si debba verificare se il vizio di un provvedimento autoritativo, oltre a comportare il suo annullamento, abbia conseguenze sul piano risarcitorio;

2. E, più in generale: qualora sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda sub a) del controinteressato soccombente, quando sia giuridicamente configurabile un affidamento “incolpevole” che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore “tempo”;

3. Ancora in termini più generici: qualora sussista la giurisdizione amministrativa e quand’anche si sia in presenza di un affidamento “incolpevole” del controinteressato soccombente, quando si possa escludere la rimproverabilità dell’Amministrazione.

Tutto ciò premesso, al fine di riepilogare alcune questioni, alla luce anche della nuova plenaria in materia di 2 bis ed a completamento dell’indagine precedentemente svolta, si può provare in questa sede di commento ad affermare quanto segue:

Preliminarmente:

1. Sotto un profilo giurisdizionale, appare evidente, come già indicato nel precedente contributo, la presenza di un contrasto interpretativo;

2. Il predetto contrasto rende giustificabili delle difficoltà nell’ambito della scelta della tutela processuale;

Ciò premesso:

1. Nell’ambito della scelta della giurisdizione occorre valutare **a.)** la posizione giuridica del privato (se di diritto soggettivo o di interesse legittimo, in ossequio al principio della causa petendi che, per sua stessa natura, rifugge l’arcaica tesi dell’interesse occasionalmente protetto); **b.)** il principio della concentrazione delle tutele al precipuo fine di evitare che si formi una giurisdizione frazionata (sebbene il principio di concentrazione delle tutele sia stato da alcuni considerato ridimensionato alla luce del dettato di cui all’art. 30 comma primo cpa); **c.)** la sussistenza di una connessione almeno mediata con il potere come richiede l’art. 7 cpa;

2. Al fine di operare tali valutazioni può essere di ausilio la giurisprudenza sul già citato, nel precedente contributo, “fattore tempo”. Al di là delle argomentazioni offerte nella ordinanza in

commento, delle quali si è dato esaustivamente conto, al fine di dirimere la questione può essere utile interrogarsi sul valore che si intende dare a questo fattore. Occorre domandarsi, pertanto, se si voglia attribuire rilievo al fattore tempo (senza, chiaramente, incorrere nell'errore di "condannare la parte pubblica sempre e comunque", ma semplicemente in ossequio ai precedenti giurisprudenziali pacificamente accolti sul tema) come si è fatto in passato sia per il danno da ritardo in generale sia per il danno da mero ritardo, dandogli peso sotto il profilo amministrativo. Se si intende attribuire valore a tale elemento, come (si può aggiungere) è stato fatto anche nella recente Adunanza Plenaria n. 7 del 2021, allora la giurisdizione, forti anche di tutte le aggiuntive argomentazioni fornite, a maggior ragione si "sposta" nel terreno della giurisdizione amministrativa/esclusiva per quattro principali ragioni: **a.)** si uniforma alla giurisprudenza, recentemente confermata, sull'art. 2 bis della l. n. 241 del 1990; **b.)** garantisce pieno ristoro al privato, il quale non "parte sconfitto", bensì ha comunque speranza di ottenere un risarcimento se vi sono tutte le condizioni per poter dare peso a tale fattore, così esaltando in pieno il principio di eguaglianza dei livelli di tutela apprestati dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo; **c.)** acuisce il nesso eziologico (e non solo cronologico) tra posizione del privato ed esercizio solo mediato del potere amministrativo perché finisce con il trovare dei punti di connessione, per forza di cose, con la logica della spettanza del bene della vita (ancorandosi, in ipotesi di potere discrezionale, ad esempio, alla teoria della chance); **d.)** ancora si potrebbe proseguire – con un ragionamento qui esposto in via "sperimentale" e che richiederebbe molti approfondimenti, perché il rischio è quello di confondere nuovamente i confini tra "connessione mediata" e "comportamento mero", o, peggio di dimostrare una scarsa comprensione non solo degli sforzi delle ordinanze di rimessione del 2021, ma anche delle ragioni processuali poste alla base di questi studi – non esclude del tutto dei profili risarcitori in sede ordinaria, così attribuendo rilievo anche alle statuizioni delle SSUU del 2020, qualora vi sia un concorso di nesso causale (*rectius* un frazionamento di nesso causale) tra

pubblica amministrazione (che in questo caso opera in veste privatistica) e progettista perché insieme hanno concorso a cagionare un danno dettato non dall'esercizio del pubblico potere, bensì da un comportamento mero congiunto dovuto al fatto che entrambi sono incorsi nel medesimo errore (non l'uno nell'espletamento della funzione e l'altro nell'esercizio del potere pubblico, il quale, in questo caso è "occasione" e non "causa", bensì entrambi nella violazione di una elementare regola di diligenza che avrebbe imposto, in particolare, alla PA, nel rispetto dei principi di correttezza, di dissociarsi dalla condotta del progettista, concorrendo per contro omissivamente e civilisticamente nella condotta attiva/errore civilisticamente intesa del progettista; non si tratta di esercizio del pubblico potere, ben potendo in tale veste la PA affidarsi semplicemente al titolo professionale del progettista, bensì una mera applicazione di un principio di correttezza che le avrebbe imposto un "approfondimento del problema", al pari di quando accade nelle negoziazioni contrattuali private, specie quando le stesse sono complesse) aderendo a quella che potrebbe essere, *prima facie*, considerata più che una espressione del principio del *petitum sostanziale/causa petendi*, una regola di *petitum formale* (criterio di riparto di giurisdizione, però, non accolto ed anzi non rispondente al dettato dell'art. 103 Cost.) ma che, in verità, è dettata dall'esigenza di rispettare una regola di attrazione dei giudizi in ambito privatistico, dal momento che la domanda del privato sarà puramente risarcitoria ed il giudizio verterà sugli artt. 2229 cc. 1667 e 1669 cc. e coinvolgerà (con concorso causalmente efficiente valutabile *ex art. 2055 cc.*) anche la figura dell'appaltatore (stipulante il contratto d'opera "manuale" con il committente e necessitante, per il suo operato, anche dell'opera professionale del progettista, soggetto che svolge attività puramente privatistica perfino quando progetta opere pubbliche, sulla base di due contratti che possono essere tra loro collegati). L'appaltatore non ha necessariamente un contatto con la pubblica amministrazione e non necessariamente (proprio perché si occupa del lato "materiale" della costruzione) è parte coinvolta "direttamente/in prima persona" dal contenzioso amministrativo anche solo nei termini della

“induzione in errore”. L’esigenza di “sperimentare/analizzare” questa opzione discende dalla volontà di evitare alla radice, in via preventiva, che possano essere mosse delle censure nelle ipotesi in cui, di fatto, la Pubblica Amministrazione possa essere “fattore causale concorrente” con la condotta di un soggetto privato (progettista) chiamato a rispondere in sede ordinaria anche per errori di progettazione emergenti nella fase di sorveglianza dei cantieri durante il processo di costruzione. A nulla potrebbe valere il principio di relatività per escluderne il coinvolgimento, visto il peso oggi attribuito al contatto sociale e la possibilità che si instauri il giudizio *ex art. 1669 cc.* in termini extracontrattuali. Tutto questo salvo che, per escludere in tale contesti la responsabilità della PA ed il suo coinvolgimento in ordinaria, si scelga semplicemente di “scomputare” dal risarcimento la parte ad essa imputabile nel giudizio civile/ordinario. La questione, chiaramente, è limitata alle ipotesi di attività già iniziata e perde rilievo laddove, per contro, il giudizio interessi solamente il contratto d’opera professionale del progettista, non “toccato” dall’intervento della pubblica amministrazione, e non coinvolga anche censure dettate dal vizio di costruzione/rovina di edificio/danno del terzo in pendenza di annullamento del provvedimento.

3. Spostata, in questo modo, la giurisdizione ed evidenziati, per ragioni di completezza, i profili che (almeno in questa ipotetica sede definita “sperimentale” perché non emersa in concreto e frutto di ricostruzioni solamente teoriche finalizzate ad individuare, quasi a mò di “*bastian contrario*”, in modo capillare i profili di criticità restanti) possono essere attratti nell’ “orbita residuale” della giurisdizione ordinaria, così garantendo non più solo il rispetto del principio della concentrazione delle tutele ma anche di una sorta di cd. “principio di attrazione” del processo (già emerso ma in ben altri contesti e con diversa *ratio*, es. art. 705 cpc), resta da incardinare la responsabilità. Al riguardo occorre considerare che il diritto amministrativo conosce, in linea generale, tre forme di responsabilità: aquiliana; da contatto, coerentemente con l’ordinanza del 2020 delle SSUU; *sui generis*. Volendole, in questa sede, esaminarle tutte, per semplici ragioni di completezza, si può affermare che:

4. A favore della tutela dinanzi al GA/GE nelle maglie del contatto sociale si pone, come appena detto, la giurisprudenza ordinaria del 2020;

5. A favore della responsabilità aquiliana milita la giurisprudenza sul danno da ritardo (AP n. 7/2021);

6. A favore della responsabilità *sui generis*, milita (nella consapevolezza anche della esistenza in dottrina della scissione responsabilità precontrattuale pura e spuria) non solo e non tanto l'Adunanza plenaria del 2018 in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, in cui, pur vertendosi nel terreno della responsabilità precontrattuale, dal 2016 attratta nell'alveo della responsabilità da contatto sociale, presenta dei requisiti più specifici, ai confini con la responsabilità aquiliana (richiede tutti gli elementi del 2043 cc. più la prova della buona fede del privato), bensì la possibilità di attribuire rilievo ad una situazione (l'affidamento) che per ciò solo e coerentemente con la statuizione delle SSUU civili, è considerata "peculiare" e, pertanto, richiede sforzi maggiori anche sotto il profilo dei criteri di imputazione.

In conclusione:

1. Appare sin da subito pacifica l'esclusione della responsabilità della pubblica amministrazione, anche per semplici ragioni di economia processuale, in caso: **a.)** di mancata spettanza del bene della vita, seppur con alcune precisazioni dettate dal fattore tempo, che deve esser oggetto di analisi; **b.)** di provvedimento amministrativo illegittimo *ictu oculi*; **c.)** di attività soggetta a SCIA non correttamente intrapresa; **d.)** di errore imputabile in toto al progettista *ex art.* 2229 cc. e ss., senza il concorso causalmente efficiente della pubblica amministrazione;

2. Può apparire, invece, in questa sede, si è detto, di "discussione", esistente una residua giurisdizione ordinaria in ipotesi di frazionabilità del nesso causale per i casi di rovina in pendenza di annullamento del provvedimento emanato.