

Luca Bordin*

*La giurisdizione contesa in materia di danno da lesione
dell'affidamento incolpevole.*

*Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria,
29 novembre 2021, n. 20*

SOMMARIO: 1. Il caso e le questioni – 2. L'antefatto: il diritto vivente delle Sezioni Unite e la sua recezione nel dibattito dottrinario – 3. La reazione di Palazzo Spada. L'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria – 4. La risoluzione della questione di giurisdizione – 5. Alcune osservazioni sui principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria – 6. Un dialogo (im)possibile? Considerazioni conclusive e suggestioni *de jure condendo*.

1. Il caso e le questioni

L'Adunanza Plenaria 29 novembre 2021, n. 20, chiamata – tra l'altro – ad affermare un principio di diritto in materia di riparto di giurisdizione, ha reso evidente il grave contrasto con la Corte regolatrice della giurisdizione in materia di responsabilità della p.a. per lesione dell'affidamento del privato.

La controversia portata all'attenzione della Plenaria dall'ordinanza della IV Sezione del Consiglio di Stato, 11 maggio 2021, n. 3701, si colloca nell'ambito dell'articolato dibattito intorno al danno da affidamento incolpevole, riposto nella legittimità di un provvedimento ampliativo successivamente annullato in sede giurisdizionale o *ex officio*.

La tematica involge rilevanti profili di natura processuale e sostanziale. Il focus delle brevi riflessioni che seguono sarà posto principalmente sugli aspetti processuali, attinenti al riparto di giurisdizione *in subiecta materia*, anche se non mancherà qualche cenno agli aspetti più critici relativi alla declinazione sostanziale della vicenda.

Vicenda che, in sede di premessa, pare utile succintamente richiamare.

* Dottorando di ricerca di diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Sapienza di Roma.

L'originaria ricorrente, odierna appellata, ha acquistato un terreno cui era stata impressa una determinata destinazione edificatoria e rispetto al quale era stato rilasciato titolo edilizio in favore del dante causa della stessa, poi volturato in suo favore. Avviata l'attività edificatoria, la proprietaria del fondo confinante impugnava innanzi il TAR Marche la variante al p.r.g. unitamente al titolo edilizio, ottenendone l'annullamento, confermato dal Consiglio di Stato in sede di gravame.

Seguiva il tentativo dell'amministrazione comunale di sanare la situazione di "abusività sopravvenuta", vanificato dal ricorso per l'ottemperanza vittoriosamente esperito dalla confinante, conclusosi con declaratoria di nullità per elusione del giudicato degli atti adottati e conseguente ingiunzione di demolizione dei fabbricati.

È a questo punto che la ricorrente, nel giudizio che ha dato la stura alla pronuncia in commento, ha promosso azione di condanna al risarcimento del danno nei confronti della p.a. I danni sarebbero occorsi per l'aver confidato in buona fede nella legittimità degli atti di pianificazione e del titolo edilizio, annullati dal giudice amministrativo.

Il TAR Marche, con sentenza n. 268/2020, ha accolto la domanda, ritenendo sussistenti tutti i presupposti della responsabilità dell'amministrazione comunale, non costituitasi in giudizio. Ha fatto seguito l'appello della p.a., che ha così contestato la sussistenza sia della giurisdizione amministrativa che dei presupposti per la sua condanna alla refusione dei danni.

Dopo aver dichiarato ammissibile il primo motivo di gravame, inerente al difetto di giurisdizione del g.a., la IV Sezione ha rilevato l'opportunità di rimetterne l'esame ai sensi dell'art. 99 c.p.a., ritenendo indispensabile "*che sulla questione si pronunzi con la sua istituzionale autorevolezza l'Adunanza plenaria, poiché non vi sono in materia univoci orientamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*"¹ e ciò a prescindere dall'operatività di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, ponendosi la questione in generale anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

Segue un'approfondita disamina del diritto vivente, a partire dalle note ordinanze gemelle delle Sezioni Unite del 2011², sul quale si avrà modo di indugiare brevemente nel prosieguo.

All'esito della complessa ordinanza, la IV Sezione ha formulato e sottoposto al Supremo Consesso tre quesiti:

¹ Cons. St., Sez. IV, ord. 11 maggio 2021, n. 3701, § 13.

² Sez. Un., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595 e 6596.

“a) se sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall’aveute 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);

b) 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’;

c) 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”

Prima di passare in rassegna gli importanti principi di diritto affermati dalla pronuncia che qui si annota, pare indispensabile un preliminare esame del contesto giurisprudenziale in cui essa si colloca, anche al fine di meglio comprenderne le implicazioni di sistema.

Esaurito l’esame delle questioni affrontate nella sentenza dell’Adunanza Plenaria e svolte talune brevi osservazioni sulla stessa, si procederà con qualche considerazione di carattere più generale, sull’attuale assetto del riparto di giurisdizione, anche in una prospettiva *de jure condendo*.

2. L’antefatto: il diritto vivente delle Sezioni Unite e la sua recezione nel dibattito dottrinario

La materia del danno da lesione dell’affidamento³ da parte

³ In generale, sull’affidamento, si v. R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, vol. I, 1958, p. 661. Il tema dell’affidamento, per quanto riguarda il diritto privato, è stato particolarmente indagato alla luce della responsabilità precontrattuale. Sul punto, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, oggi in *Scritti*, vol. II, Milano, 2011, p. 267; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 470. Sull’operatività del principio nel diritto amministrativo risultano fondamentali le riflessioni di Fabio Merusi, in

dell'amministrazione è stata oggetto di importanti interventi delle Sezioni Unite che, in punto di giurisdizione, hanno patrocinato un paradigma che si potrebbe definire 'pan-privatistico', a detrimento degli spazi di cognizione del giudice amministrativo, negletti anche nelle controversie ricadenti nelle materie di cui all'art. 133 c.p.a.

A inaugurare il prevalente indirizzo della Corte regolatrice della giurisdizione sono state le tre note ordinanze gemelle del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596. Pur nella diversità delle vicende controverse⁴, le tre ordinanze si fondano su una comune *ratio decidendi*, sintetizzabile nei termini che seguono.

Il presupposto argomentativo delle ordinanze del 2011 è quello della

particolare F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora in F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni 'trenta' all'alternanza*, Milano, 2001, p. 17. Più di recente Id., *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1195. Si vedano inoltre, *ex plurimis*, S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; 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: Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, vol. I, Padova, 2003, p. 371; S. CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimento della p.a.*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, p. 91; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1019; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, 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: Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, vol. III, Padova, 2003, p. 471; Id., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 462; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 1, p. 121; F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, p. 823; Id., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, p. 843; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 173.

⁴ L'ordinanza n. 6594 si riferiva all'ipotesi di annullamento d'ufficio di concessione edilizia. Anche la pronuncia n. 6595 attiene alla materia edilizia, ma in questo caso il titolo ampliativo era stato previamente rimosso dal giudice amministrativo. L'ordinanza n. 6596 è invece relativa alla materia dell'evidenza pubblica e riguarda l'annullamento giurisdizionale di un'aggiudicazione definitiva.

natura rimediabile del risarcimento del danno⁵ a fronte dell’illegittimo uso del potere amministrativo. In simili evenienze, la tutela risarcitoria si affiancherebbe (anche nell’ipotesi di autonomo esperimento dell’azione di condanna) e completerebbe quella attivata contro il provvedimento illegittimo (nel caso di interesse legittimo oppositivo) o il denegato rilascio di quello favorevole, a seguito di silenzio-inadempimento o di espresso rigetto (nel caso di interesse legittimo pretensivo), in ciò giustificandosi la devoluzione al giudice amministrativo – in sede di giurisdizione esclusiva – delle richieste risarcitorie.

Fuori da tale paradigma – che vede attribuire alla tecnica risarcitoria una funzione “ancillare” rispetto alla tutela caducatoria dell’interesse legittimo – e cioè allorquando il privato non abbia alcuna manifestazione di potere autoritativo contro cui rivolgere iniziative processuali, non potrebbe che sussistere la giurisdizione ordinaria. In simili evenienze si rimprovererebbe alla p.a. non un illegittimo uso del potere, consumato con sacrificio dell’interesse legittimo del privato, ma un comportamento colposamente

⁵ In ciò (almeno apparentemente) recependo le indicazioni della giurisprudenza costituzionale, Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 (in part. § 3.4.1.) e Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191 (in part. § 4.3.). Com’è noto, l’adesione della Consulta alla concezione rimediabile del risarcimento del danno ha condotto al superamento dell’impostazione patrocinata dalle Sezioni Unite della Cassazione nella nota sentenza 22 luglio 1999, n. 500, le quali avevano scorto nella lesione *non iure e contra ius* dell’interesse legittimo l’occasione per la nascita di un autonomo diritto soggettivo al risarcimento del danno, derivante da fatto illecito ex artt. 1173 e 2043 c.c. Si vedano, di questa fondamentale pronuncia, in particolare le affermazioni di cui al §2 (“*Il ricorso ripropone la questione della risarcibilità degli interessi legittimi, o meglio il problema della configurabilità della responsabilità civile, ai snesi dell’art. 2043 c.c., della P.A. per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo*”) e al §10, lett. a) (“*l’azione di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. nei confronti della P.A. per l’esercizio illegittimo della funzione pubblica bene è proposta davanti al giudice ordinario, quale giudice al quale spetta, in linea di principio (secondo il previgente ordinamento), la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo, poiché tale natura esibisce il diritto al risarcimento del danno, che è diritto distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto (che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nel sue varie configurazioni correlate alle diverse forme di protezione, o di interesse comunque rilevante per l’ordinamento)*”). Il paradigma rimediabile del risarcimento del danno, pur assolutamente prevalente nel panorama dottrinario e giurisprudenziale, non è unanimemente accolto. In chiave critica v. R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell’azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 385 e, in part., pp. 392-394. Secondo G.D. COMPORI, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: un’occasione mancata*, in *judicium*. *it*, in realtà, il codice del processo amministrativo avrebbe conservato la logica dei blocchi di materie nel disciplinare l’azione di condanna al risarcimento.

scorretto, lesivo di un diritto soggettivo la cui tutela non può che essere affidata al giudice ordinario, avendo, “*in base agli artt. 103 e 113 Cost., il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa... giurisdizione per la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione*”.

E dunque, a fronte di un atto ampliativo illegittimo poi annullato, il privato vanterebbe un diritto soggettivo, poiché tale atto illegittimo, ormai posto nel nulla, continuerebbe a rilevare esclusivamente quale mero comportamento degli organi amministrativi, integrando (assieme ad altri presupposti) un fatto illecito violativo del principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.

La presa di posizione delle Sezioni Unite, evidentemente mossa da un intento limitativo degli spazi cognitori del giudice amministrativo, ha suscitato un vivace dibattito dottrinario, seguito da un atteggiamento non univoco della giurisprudenza successiva, compresa quella delle stesse Sezioni Unite.

I numerosi contributi dottrinari sulle ordinanze del 23 marzo 2011⁶ presentano sfumature che non impediscono, tuttavia, di isolare alcune tendenze di fondo.

Per la prima⁷, il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite “*giunge a conclusioni che, nell'attuale quadro normativo, sono sostanzialmente*

⁶ Si vedano R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 2, 3, p. 413; M. CLARICH, *Giurisdizione ordinaria. Al giudice civile l'affidamento sull'atto illegittimo*, in *Guida dir.*, 2011, 9, p. 29; G. D. COMPORTE, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, 1, p. 194; L. D'ANGELO, *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*, in *Giust. civ.*, 2011, 10, p. 2321; A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corr. giur.*, 2011, 7, p. 940; A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, 5, p. 1218; S. R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, p. 916; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, p. 896; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2011, 24, p. 10; S. SALVAGO, *Danno da affidamento in rapporto all'attività illegittima della pubblica amministrazione e giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2012, 11-12, p. 2770; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *federalismi.it*, 2011, 7; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 9, p. 1749; A. TRAVI, *In tema di giurisdizione ordinaria*, in *Foro it.*, 2011, 9, p. 2398.

⁷ Nella quale possono essere ricompresi R. CAPONIGRO, *Questioni attuali*, cit.; L. D'ANGELO, *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo*, cit.; A. DI MAJO, *L'affidamento*, cit.; A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione*, cit.

condivisibili”⁸. L’orientamento espresso avrebbe avuto il merito di ribadire “*un principio di civiltà giuridica non estraneo al nostro sistema ordinamentale: se la pubblica amministrazione genera affidamenti incolpevoli per il tramite di atti autoritativi ampliativi poi rilevatisi invalidi con conseguente necessario arresto di una avviata condotta materiale del privato (costruzione manufatti, esecuzione di un contratto previa procedura di affidamento ecc.), i pregiudizi da quest’ultimo sofferti sono meritevoli di tutela risarcitoria avanti il giudice ordinario ex art. 2043 c.c. secondo le regole di diritto comune*”⁹. Si è osservato poi, che in tal modo, le Sezioni Unite avrebbero introdotto “*un freno alla retorica della concentrazione della tutela ‘a senso unico’ che talora ha caratterizzato alcuni arresti della giurisprudenza*”¹⁰.

Non mancano però opinioni contrarie¹¹, espresse in particolare dalla dottrina amministrativistica, nel duplice senso di contestare per un verso il diniego di un collegamento mediato con l’esercizio del potere, idoneo a giustificare l’attribuzione di simili controversie al g.a. in sede esclusiva e, per altro profilo, la conclusione per cui la lesione dell’affidamento possa essere qualificato in termini di diritto soggettivo, con conseguente riserva al giudice ordinario di tutte le domande risarcitorie connesse alla lesione dell’affidamento incolpevole.

Con riferimento alle critiche appuntate in ordine all’esclusione della giurisdizione esclusiva si segnala il possibile *vulnus* all’effettività e alla concentrazione della tutela, rilevando che l’atto ampliativo “*giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico e coerentemente la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo: tanto più se esso ha già conosciuto in sede cognitoria della sua legittimità*”¹².

⁸ R. CAPONIGRO, op. cit., p. 415.

⁹ L. D’ANGELO, op. cit., p. 2322.

¹⁰ A. LAMORGESE, op. cit., p. 1223.

¹¹ In particolare, S.R. MASERA, *Danni da atto*, cit.; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo*, cit.; F. PATRONI GRIFFI, *Leterno dibattito*, cit.; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno*, cit.; A. TRAVI, *In tema di giurisdizione*, cit.; R. VILLATA, *Spigolature ‘stravaganti’ sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, p. 857.

¹² M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 11. In termini analoghi anche Patroni Griffi, il quale pone in particolare rilievo possibili problemi pratici rispetto al valore del giudicato di annullamento del provvedimento favorevole, nelle ipotesi – ovviamente – in cui esso non sia stato rimosso in sede di autotutela. Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Leterno dibattito*, cit., p. 8. Del resto, analoghi problemi si potrebbero porre con riferimento ai rapporti tra la domanda risarcitoria a valle e il giudicato circa la legittimità dell’annullamento in sede di autotutela assunto a monte, nei confronti del provvedimento ampliativo illegittimo. Villata non ha mancato di evidenziare quanto meno la stranezza di

Ancor più radicali le repliche di chi contesta la stessa qualificazione in termini di diritto soggettivo operata dalle Sezioni Unite, venendo in rilievo la pretesa al corretto svolgimento dell'attività della p.a. che non può che assumere la veste dell'interesse legittimo¹³. Valorizzando l'elaborazione tradizionale dell'interesse legittimo quale situazione relazionale¹⁴ si evidenzia che tale situazione può essere lesa anche da un atto favorevole, se illegittimo. E difatti, *“la circostanza che un provvedimento favorevole normalmente non arrechi di per sé un danno è profilo che attiene alla tematica del danno, ma non pare corretto arguire che, ove manchi il danno, non si possa neppure configurare una lesione della situazione soggettiva di interesse legittimo”*¹⁵. Le ordinanze del 2011, poi, disvelerebbero la difficoltà di fondo che emerge innanzi all'interesse legittimo pretensivo, relativa al *“rapporto fra la posizione soggettiva dell'interesse legittimo e la lesione del ‘bene della vita’”*¹⁶. Ad essere criticato è anche il binomio *‘verifica della legittimità del provvedimento – giurisdizione amministrativa’*¹⁷. Mancante tale verifica, verrebbe meno anche la giurisdizione del g.a.; in ciò però le Sezioni Unite sembrerebbero essersi ritagliate *“un nuovo spazio in tema di vertenze risarcitorie per lesione di interessi legittimi”*¹⁸.

Più in generale, nelle ordinanze gemelle si è intravista una riapertura della *“guerra di giurisdizione sulla tutela risarcitoria nei rapporti di diritto pubblico”*¹⁹. In questo senso, errata sarebbe la qualificazione in termini di comportamento mero del provvedimento annullato, qualificazione fondata *“a partire dal dato dinamico dell'avvenuto annullamento, come se ciò consenta, per trasformismo giuridico, di astrarre a posteriori la vicenda dalla*

un *“forse insospettato, diritto soggettivo creato da provvedimenti illegittimi”*, così R. VILLATA, *Spigolature ‘stravaganti’*, cit. p. 865.

¹³ È la posizione di M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo*, cit. Si vedano anche le riflessioni di F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 462.

¹⁴ Si vedano, in proposito, i fondamentali contributi di M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, p. 469 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, in E. CARDI, A. NIGRO (a cura di), 2000, Bologna, in part. la nota definizione sintetizzata a pag. 103, secondo la quale l'interesse legittimo *“è la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità”*.

¹⁵ A. TRAVI, *In tema di giurisdizione*, cit., p. 2399.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ In termini analoghi, cfr. M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo*, cit., p. 897.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 896.

*sua originaria ambientazione nell’esercizio del potere*²⁰.

Ma la giurisdizione del giudice amministrativo andrebbe affermata anche fuori dalle ipotesi di giurisdizione esclusiva, dovendosi ritenere incluso nell’interesse legittimo anche l’aspettativa in ordine alla legittimità del provvedimento ampliativo; aspettativa che costituisce una mera sfaccettatura di un rapporto che rimane nell’alveo dell’esercizio del potere amministrativo, regolato dal diritto pubblico²¹.

Al variegato panorama dottrinario ha fatto seguito un composito quadro della giurisprudenza.

Nel medesimo formante giurisprudenziale delle Sezioni Unite è possibile individuare talune pronunce – per vero minoritarie rispetto all’indirizzo inaugurato nel 2011 – che hanno affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

È il caso della pronuncia delle Sezioni Unite n. 8057/2016, con cui la Suprema Corte ha valorizzato gli elementi di continuità della vicenda caratterizzata dall’atto ampliativo favorevole, legittimamente annullato, e dalla successiva richiesta risarcitoria, rilevando come *“l’azione amministrativa illegittima – composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi – non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare, essendo controverso l’agire provvedimentale nel suo complesso, del quale l’affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione”*²², concludendo, dunque, per la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a.

Si discosta altresì dall’orientamento maggioritario l’ordinanza n. 13194/2018²³, nella quale si evidenzia come i principi di diritto affermati dall’opposto indirizzo non possono trovare applicazione ove non sia intervenuto alcun provvedimento ampliativo illegittimo. Come si avrà modo di chiarire a breve, sembrerebbe proprio il superamento della

²⁰ M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 898.

²¹ Cfr. M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 900.

²² Sez. Un., 21 aprile 2016, n. 8057. In termini analoghi anche Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454, in cui si legge che, con particolare riferimento alla materia dell’evidenza pubblica, il legislatore ha previsto *“la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica, ovvero sia le pretese di sostanziale responsabilità precontrattuale. Si realizza, infatti, quella situazione d’interferenza tra diritti e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo... riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell’aggiudicazione o, come nella specie, nella successiva fase compresa tra l’aggiudicazione e la mancata stipula del contratto”* (§4).

²³ Sez. Un., 25 maggio 2018, n. 13194.

delimitazione apportata dall'appena citata ordinanza ad aver innescato la reazione del giudice amministrativo, poi culminata nella pronuncia che qui si commenta.

Eccettuate le ordinanze di cui sopra, prevalenti risultano i pronunciamenti della Corte regolatrice in linea con i precedenti del 2011²⁴.

Tra questi, di particolare rilevanza è l'ordinanza del 4 settembre 2015, n. 17586²⁵. Chiamata a pronunciarsi anche in questo caso *ex art.* 41 c.p.c., la Suprema Corte ribadisce che, anche a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, nelle ipotesi in cui si faccia questione di risarcimento per lesione dell'affidamento a seguito di annullamento di un precedente provvedimento ampliativo illegittimo, non verrebbe in rilievo una controversia relativa all'esercizio del potere amministrativo, idonea a radicare la giurisdizione esclusiva del g.a.

Ad assumere rilievo sarebbe, ad avviso delle Sezioni Unite, *“l'attitudine del progresso 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. La questione riguarda, dunque, l'apprezzamento del comportamento tenuto dalla p.a.”*²⁶.

Ma la portata innovativa dell'ordinanza si rinviene soprattutto nello sforzo profuso nell'identificazione della situazione giuridica soggettiva posta alla base della domanda risarcitoria. Le Sezioni Unite si confrontano con il vivace dibattito dottrinario sorto a seguito dell'arresto del 2011, favorevole ad individuare nel caso di specie non già la lesione dell'affidamento quale autonoma situazione soggettiva, quanto una sfaccettatura dell'originario interesse legittimo pretensivo, data dall'interesse al corretto svolgimento dell'*agere* amministrativo. Dopo aver replicato alle contrarie voci della dottrina, viene ribadito che se il provvedimento ampliativo è illegittimamente emesso, anche l'interesse legittimo viene soddisfatto illegittimamente, sicché la successiva rimozione dell'atto non andrebbe

²⁴ Tra le pronunce conformi: Sez. Un. 4 settembre 2015, n. 17586; Sez. Un., 22 maggio 2017, n. 12799; Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 15640; Sez. Un., 2 agosto 2017, n. 19171; Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1654; Sez. Un., 2 marzo 2018, n. 4996; Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22435; Sez. Un., 13 dicembre 2018, n. 32365; Sez. Un., 19 febbraio 2019, n. 4889; Sez. Un., 8 marzo 2019, n. 6885; Sez. Un., 13 maggio 2019, n. 12635; Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236; Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615; Sez. Un., 11 maggio 2021, n. 12428; Sez. Un., 8 marzo 2022, n. 7515.

²⁵ Su cui C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 564; M. SINISI, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 5, p. 1059.

²⁶ Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, §9.2.

a incidere su tale interesse. Il provvedimento rileverebbe come fatto costitutivo della più complessa fattispecie integrativa dell’incolpevole affidamento. All’esito di tale ragionamento, le Sezioni Unite affermano dunque che ciò che l’amministrato “denuncia è, in realtà, la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell’integrità del suo patrimonio”²⁷.

All’importante arresto che si è brevemente richiamato va sicuramente riconosciuto il merito di aver intrapreso un dialogo con la dottrina critica nei riguardi delle ordinanze del 2011, sforzandosi di individuare effettivamente la situazione giuridica soggettiva che verrebbe in rilievo, al fine, da un lato, di escludere la giurisdizione generale di legittimità e, dall’altro, mediante la conferma del declassamento a mero comportamento del precedente esercizio del potere, di rendere impraticabile la strada della giurisdizione esclusiva. Ciò, però, a costo di fare ricorso a una figura – quella del diritto all’integrità patrimoniale – della cui effettiva consistenza giuridica, specie sotto il profilo dell’ingiustizia²⁸ del danno, autorevolmente in dottrina si dubita²⁹.

²⁷ Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, §8.3.

²⁸ Tanto da far parlare di “liquefazione stessa dell’ingiustizia del danno come requisito di risarcibilità del medesimo e, dunque” di “scardinamento della disposizione dell’art. 2043 cod. civ.”, così C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso CIR c. Fininvest)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 7, 8, p. 354.

²⁹ Com’è noto, la prima applicazione giurisprudenziale della figura del diritto all’integrità del patrimonio si ebbe con il famoso caso *De Chirico*, deciso da Cass., Sez. III, 4 maggio 1982, n. 2765, con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745. Il noto pittore era solito apporre, sul retro dei suoi dipinti, una seconda e ulteriore firma, autenticata da un notaio, al fine di attestarne la paternità. Acquistato un quadro da un terzo, sul cui retro era apposta la firma autenticata del De Chirico, e dunque nella convinzione che si trattasse di un originale, l’acquirente aveva in un secondo momento accertato la falsità del dipinto e citato in giudizio De Chirico. Il ricorso alla figura del danno alla integrità del patrimonio fu indispensabile in quanto “chi acquista un quadro falso ha azione contrattuale per il risarcimento nei confronti dell’alienante ed è evidente che azione contrattuale nei confronti del pittore avrebbe avuto chi avesse richiesto ed ottenuto da lui personalmente la predetta dichiarazione di autenticità. Più difficile ipotizzare invece una azione aquiliana contro il pittore, ad iniziativa di qualsivoglia successivo acquirente del quadro autentificato”, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 719. Sui danni meramente economici e sul diritto all’integrità, *ex multis*, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 118; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 41; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 299; Id., *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 30; Id., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 57; A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1984, p. 297; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano,

Tra l'altro, alla luce della lenta evoluzione circa il significato da attribuire alla clausola dell'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. – specie dopo la fondamentale pronuncia n. 500/1999 – sembra ormai non indispensabile – in un quadro che riconosce tutela aquiliana a chance, aspettative, situazioni possessorie, diritti relativi e interessi legittimi – la previa individuazione di un diritto soggettivo ai fini dell'accoglimento della richiesta risarcitoria³⁰.

Si giunge così al 2020 con un quadro che può essere sintetizzato nel senso dell'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario nei casi di provvedimento favorevole poi annullato dal g.a. o dalla p.a., mentre in ipotesi di mancato esercizio del potere, sulla scorta dell'ordinanza 13194/2018, andrebbe affermata la giurisdizione amministrativa.

È in tale contesto che interviene l'ordinanza delle Sezioni Unite del 28 aprile 2020, n. 8236³¹, con la quale la Corte regolatrice afferma che i principi di cui alle ordinanze gemelle del 23 marzo 2011 si applicano “non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento

2003; A. THIENE, *Usa giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 2, p. 34.

³⁰ In termini, A. G. GRASSO, *Annullamento dell'atto amministrativo e lesione dell'affidamento incolpevole*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, p. 249 ss. Insomma, se da un lato la giurisprudenza che trova continuità nel pronunciamento del 2015 sembra aderire *verbatim* al paradigma rimediabile della giurisprudenza costituzionale, per le conseguenze cui giunge sembrerebbe invece interiorizzare il ragionamento seguito nella sentenza n. 500/1999 (in particolare i già citati §2 e §10).

³¹ Tra i commenti della dottrina si vedano V. BONTEMPI, *La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, p. 805; F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, in *Giust. civ.*, 2021, 1, p. 115; V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. app.*, 2020, 6, p. 724; P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda eius et incommoda*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 4, p. 1193; F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (breve considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, p. 1095; C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 5, p. 1160; G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in *federalismi.it*, 2021, 17, p. 192; G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *Giustizia insieme*, 2020; G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la 'resistibile ascesa' del contatto sociale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; A. ZACCARIA, *Verdammt Zeiten (tempi maledetti)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 5, p. 1148.

amministrativo sia stato emanato”³².

Del resto, stante la premessa teorica della “degradazione” del provvedimento a mero comportamento, nel ragionamento delle Sezioni Unite la distinzione tra esercizio del potere rimosso – rilevante solo in punto di fatto – e mancato esercizio del potere non poteva che venir meno, unificando il riparto di giurisdizione in materia di lesione dell’affidamento incolpevole, a discapito di quella amministrativa.

Nel caso portato all’attenzione delle Sezioni Unite nel 2020, l’amministrazione non ha rilasciato alcun provvedimento ampliativo della sfera giuridica del preteso danneggiato, il quale ha prospettato la lesione dell’affidamento ingenerato dal complessivo comportamento tenuto dall’amministrazione comunale, nella prolungata delibazione della sua istanza, volta al rilascio di un provvedimento favorevole.

Ricapitolando brevemente l’itinerario motivazionale delle ordinanze gemelle del 2011, le Sezioni Unite del 2020 offrono una lettura dell’esercizio del potere che definire artificiosamente frazionata pare eufemistico.

Osserva il Supremo Collegio che la lesione vantata dal privato discenderebbe “non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l’esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell’amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale ma a responsabilità”³³. Con evidente eterogenesi dei fini, le Sezioni Unite richiamano quanto affermato “perspicuamente”³⁴ dall’Adunanza Plenaria nella fondamentale sentenza del 4 maggio 2018, n. 5, ove il Supremo Consesso di giustizia amministrativa – nell’ambito di un articolato argomentare – ha osservato come “non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)”³⁵. Intento della Plenaria, per vero, era quello di evidenziare come all’interno del procedimento amministrativo “regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano... in sequenza temporale (prima le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso

³² Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, §34.

³³ Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, §26.1.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, §34.

di rispettiva violazione”³⁶. Sembrerebbe invece che, ad avviso delle Sezioni Unite, l’operatività di principi di derivazione civilistica sia idonea ad obnubilare il complessivo scenario pubblicistico in cui le vicende esaminate pur sembrerebbero collocarsi³⁷.

Ma come opportunamente osservato da attenta dottrina – proprio con riferimento alle ordinanze del 2011 – sulle orme della più risalente giuspubblicistica, “taluni istituti sono civilistici soltanto nel senso che in quel contesto hanno avuto, storicamente, la loro prima elaborazione, non cioè che siano propri del diritto civile, bensì che appartengono al diritto senza ulteriori qualificazioni. L’affidamento è appunto un principio generale del diritto tout court e fisiologicamente si inserisce non meno all’interno del sistema pubblicistico, come dimostra, ad es., ai fini della tutela costitutiva, il regime tradizionale dei presupposti degli atti di autotutela”³⁸.

Le Sezioni Unite proseguono il ragionamento confrontandosi con quanti evocano, a favore della giurisdizione amministrativa, gli artt. 7, comma 1 e 30, comma 2, c.p.a.

Con riguardo alla prima disposizione, che chiaramente fa riferimento alle controversie relative all’esercizio e al mancato esercizio del potere, riguardanti non solo i provvedimenti, gli atti e gli accordi ma anche i “comportamenti riconducibili anche mediamente all’esercizio di tale potere”, la Suprema Corte pare costretta alla tautologia, limitandosi a ribadire – senza però effettivamente dimostrare – che in caso di lesione dell’affidamento non sussisterebbe alcun collegamento, neppure mediato, col potere, richiamando a favore dell’apodittica conclusione nuovamente gli importanti enunciati della Plenaria n. 5/2018.

Quanto all’art. 30, comma 2, c.p.a., dopo aver ripercorso nei punti salienti le note sentenze della Consulta nn. 204/2004 e 191/2006, le Sezioni Unite ritengono che – affinché la controversia risarcitoria possa essere conosciuta in sede esclusiva – la *causa petendi* debba radicarsi nelle modalità di esercizio del potere, circostanza che farebbe difetto nei casi

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Ad avviso di chi scrive, il senso del passaggio della Plenaria n. 5/2018 richiamato dalle Sezioni Unite n. 8236/2020 era proprio quello di rilevare la coesistenza – nell’ambito della medesima relazione di esercizio del potere – di piani che vengono ad essere regolati sia da principi di diritto pubblico che da principi di diritto privato. Alla rilevata coesistenza le Sezioni Unite aggiungono la necessità di procedere per compartimenti stagni. In ciò si rileva la prospettata eterogenesi dei fini rispetto al ragionamento svolto dalla Plenaria n. 5/2018. Sulla necessità di non considerare la relazione privatistica e quella pubblicistica secondo la logica dei compartimenti stagni, v. P. PATRITO, *Affidamento*, cit., p. 95.

³⁸ M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo*, cit., p. 900.

esaminati dalle ordinanze del 2011 e dalle stesse Sezioni Unite nel caso posto alla loro attenzione *ex art. 41 c.p.c.*

L’ordinanza prosegue con un’attenta opera di chiarificazione dei contorni della situazione soggettiva lesa. Richiamando quasi testualmente autorevole dottrina³⁹, le Sezioni Unite specificano che a venire in rilievo non è l’affidamento legittimo ma quello incolpevole.

Il primo, che si rinverrebbe plasticamente nella disciplina di cui all’art. 21-nonies legge 241/1990, prescinderebbe dal sostrato soggettivo della condotta dell’amministrazione e degli amministrati. Esso, difatti, appresterebbe una tutela preventiva al privato, inserendosi nella trama degli interessi oggetto di ponderazione discrezionale. Se tale affidamento dovesse risultare prevalente rispetto agli altri interessi, la p.a. non potrebbe legittimamente procedere all’emanazione del provvedimento d’annullamento. L’affidamento legittimo riprodurrebbe dunque i caratteri dell’interesse legittimo, fondando la pretesa alla considerazione del proprio interesse nel bilanciamento sulla sorte dell’atto oggetto del procedimento di secondo grado⁴⁰.

Quello incolpevole, invece, non si accompagnerebbe in via generale e astratta all’adozione dell’atto favorevole, sussistendo al contrario sulla base delle circostanze del caso concreto. Di qui la rilevanza del requisito soggettivo: il privato deve poter aver confidato incolpevolmente sulla stabilità di quella situazione favorevole. Alla fiducia sulla stabilità di tale assetto deve aver fatto seguito la delusione e, con essa, le conseguenze pregiudizievoli che dalla complessiva vicenda sono occorse.

A questo punto molto opportunamente le Sezioni Unite ritengono di dover superare i richiami alla figura del diritto soggettivo alla conservazione dell’integrità del patrimonio, risultando un tale diritto privo di consistenza autonoma e “risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto”⁴¹. La situazione giuridica soggettiva lesa dovrebbe dunque identificarsi nell’affidamento del privato riposto nella correttezza dell’azione amministrativa.

Segue la disamina dei momenti di emersione del principio dell’affidamento sia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che

³⁹ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, p. 823.

⁴⁰ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo*, cit., p. 844. Sulla tecnica del bilanciamento quale modalità propria di rilevanza dell’affidamento del privato v. A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento*, cit., p. 130 ss.

⁴¹ Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, §28.3.

nella legislazione interna, con particolare riguardo ai referenti normativi evincibili dalla trama della legge n. 241/1990.

È a questo punto che le Sezioni Unite ritengono di dover “mettere a fuoco con precisione la natura della responsabilità che sorge in capo alla pubblica amministrazione per effetto della lesione dell’affidamento del privato”⁴², optando per il paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato⁴³. La responsabilità della p.a. non potrebbe essere identificata con quella del passante, sorgendo in un contesto relazionale intriso di obblighi preesistenti. Concludono estendendo con *argumentum a fortiori* le conclusioni in punto di giurisdizione fatte proprie nel 2011 anche al caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato. In realtà, come attentamente rilevato in dottrina⁴⁴, pur nella formale adesione alle ordinanze gemelle del 2011 si scorge una sensibile divaricazione da quegli arresti e dai successivi adesivi, i quali si fondavano chiaramente sulla qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità da lesione dell’affidamento. Il punto di convergenza è chiaramente quello della negazione della giurisdizione amministrativa.

Il risultato pratico del cammino avviato nel 2011 e culminato nell’arresto del 2020⁴⁵ è quello di rimettere alla cognizione del giudice ordinario ogni controversia in cui si faccia questione di lesione dell’affidamento del privato da parte dell’amministrazione e ciò, tanto in presenza di un provvedimento favorevole annullato, quanto in assenza di qualsivoglia espressione di potestà autoritativa tradottasi in atto.

La dottrina ha esaminato l’ordinanza del 2020 sia sul piano civilistico – per le importanti affermazioni in punto di contatto sociale – sia su quello pubblicistico inerente al riparto di giurisdizione e alle questioni ad esso correlate.

⁴² Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, §31.

⁴³ In questa sede, ove l’attenzione è posta al profilo del riparto di giurisdizione, la tematica della natura della responsabilità della p.a. per lesione dell’affidamento non può essere affrontata. L’ordinanza è stata oggetto di analisi con specifico riferimento al tema del contatto sociale da Zaccaria e Scognamiglio. Si vedano C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato*, cit.; A. ZACCARIA, op. cit.

⁴⁴ Si è difatti evidenziato che in realtà tra le ordinanze gemelle del 2011 e quelle successive non si scorgerebbe una contrapposizione tra due posizioni. In tutti gli arresti, difatti, si ravvisa la lesione dell’affidamento, tutelabile sul piano extracontrattuale ai sensi dell’art. 2043 c.c. In questi termini, A. ZACCARIA, op. cit., p. 1151. L’A. evidenzia inoltre come al generico voler dare conferma all’indirizzo inaugurato nel 2011 faccia seguito un’affermazione manifestamente contraria, nella parte in cui si rinviene natura contrattuale (*rectius* da inadempimento) alla responsabilità della p.a. da lesione dell’affidamento.

⁴⁵ Più di recente confermato da Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615; Sez. Un., 11 maggio 2021, n. 12428; Sez. Un., 8 marzo 2022, n. 7515.

Con riferimento a quest'ultimo angolo visuale le note critiche prevalgono su quelle adesive⁴⁶. Alcuni hanno messo in guardia sugli effetti distortivi in punto di disincentivo alla partecipazione procedimentale⁴⁷. Altri, non dissuasi dalle argomentazioni della Suprema Corte, hanno criticato l'asfittica nozione di comportamento riconducibile anche mediamente all'esercizio del potere patrocinata nell'arresto, nonché la poco convincente trasformazione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo per la mera rilevanza dei canoni civilistici dell'affidamento, della correttezza e della buona fede⁴⁸. Non manca poi chi pone in evidenza che il problema origina dall'idea di fondo della concezione rimediale del risarcimento del danno e invita a una valorizzazione della portata precettiva dell'art. 7 c.p.a.⁴⁹. Infine,

⁴⁶ In senso adesivo sembra orientarsi Bontempi, osservando in sede conclusiva che *“Riconoscere la giurisdizione amministrativa vorrebbe allora dire rievocare lo spettro del paradigma ottocentesco del diritto amministrativo, nella sua irriducibile ambivalenza tra specialità come garanzia e specialità come privilegio, e fare del giudice amministrativo, contrariamente al dettato costituzionale, il giudice della pubblica amministrazione e non l'organo ‘di tutela della giustizia nell'amministrazione’ (art. 100 Cost.)”*, così V. BONTEMPI, op. cit., p. 813.

⁴⁷ In termini, G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 21 ss., secondo il quale *“c'è un solo modo che (non elimina, ma) riduce al massimo le possibilità di adottare un provvedimento illegittimo: l'acquisizione piena e consapevole dei fatti e degli interessi, l'ascolto procedimentale delle ragioni di tutte le parti portatrici di posizioni d'interesse antagoniste... Ora anche questa possibile condotta si presta a conseguenze pregiudizievoli sul piano risarcitorio: anzi, vi si presta proprio nella parte più virtuosa. Per l'amministrazione non basta più adottare un provvedimento sfavorevole legittimo (tanto da non venire impugnato), dopo essersi adoperata inutilmente per cercare di accogliere l'istanza dell'interessato. Teorizzare la pur astratta equiparazione alla (già discutibile e criticata) fattispecie di danno da provvedimento legittimo poi annullato di quella di danno da affidamento procedurale comporterà, come accennato, che nessuna amministrazione mostrerà aperture nei confronti dei privati: essendo più agevole un fenomeno di amministrazione difensiva che neghi comunque (o che comunque non si sforzi di assentire) l'utilità rivendicata, onerando poi l'interessato di impugnare il provvedimento denegatorio, senza sperimentare insieme nel procedimento modi e forme alternativi per coniugare interesse pubblico e interesse privato. Diversamente, quanto più infondata è la pretesa del privato, tanto più quest'ultimo avrà buon gioco a sostenere che l'amministrazione gli ha prestato ascolto nel procedimento: il che è quanto meno paradossale (oltre che, a questo punto, autolesionista). La ricostruzione su cui poggia la sentenza prefigura nuovi scenari rimediali a disposizione dei cittadini ed attribuisce maggiori spazi di giurisdizione in capo al giudice ordinario (questo essendo l'esito disciplinare della negazione della rilevanza dell'atto in favore della logica del comportamento). Essa, per le ragioni appena considerate, non amplierà, ma verosimilmente restringerà, gli spazi di partecipazione procedimentale effettiva ed efficace: e, dunque, depotenzierà la prima, condizionante forma di tutela riconosciuta al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”*.

⁴⁸ Cfr. V. NERI, *La tutela dell'affidamento*, cit., p. 802.

⁴⁹ In termini, G. TROPEA, A. GIANNELLI, op. cit., §4, i quali osservano che *“Il tema di fondo di tutta questa vicenda è di carattere più generale e di sistema. Prima di tutto ha inciso*

è stato osservato come nell'approccio al tema del riparto, le Sezioni Unite abbiano occultamente e nei fatti impiegato il criterio della prospettazione, pur rimanendo fedeli a quello del c.d. *petitum sostanziale*⁵⁰.

Svolte queste necessarie riflessioni introduttive sul contesto giurisprudenziale e sulla sua recezione ad opera della dottrina, è ora possibile l'esame degli sviluppi intervenuti nella giurisprudenza amministrativa.

3. La reazione di Palazzo Spada. L'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria

La reazione dei giudici di Piazza Capo di Ferro non si è lasciata attendere.

Con le ordinanze di rimessione nn. 2013, 2753 e 3701, le Sezioni II e IV del Consiglio di Stato hanno sollecitato l'intervento dell'Adunanza Plenaria, pronunciatisi con le sentenze nn. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021.

Le tre ordinanze di rimessione sembrano aver raccolto l'invito di quanti, commentando le ordinanze gemelle del 2011, stimolavano il giudice amministrativo ad operare una riqualificazione pubblicistica dei rapporti, impegnandosi *“su una più corretta ambientazione pubblicistica delle forme di tutela riguardanti i rapporti di diritto pubblico, piuttosto che*

su tali fattispecie l'idea, che risale a Corte cost. n. 204/2004, di poter giustificare l'estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie risarcitorie non tramite il riconoscimento di un'ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma fingendo che non si usciva dalla tutela dell'interesse legittimo originario. Tutto ciò ha finito per ritorcersi contro tale impostazione, consentendo alla Cassazione di tentare di riappropriarsi della giurisdizione su questioni risarcitorie collegate all'esercizio del potere”. Gli Autori, rifacendosi all'effettiva portata della Plenaria n. 5/2018, ritengono in conclusione che *“allora non sembra una forzatura ritenere che in fattispecie come quella in esame l'azione amministrativa rimanga, sia pur mediatamente, nell'area dell'esercizio del potere pubblico, anche in ossequio del principio di concentrazione, corollario dell'effettività della tutela giurisdizionale. L'art. 7 c.p.a., nella misura in cui codifica espressamente questi due profili, dovrebbe quindi tornare al centro della scena, una volta ricondotta l'area dell'affidamento, come fonte di obbligazione, alla nozione di comportamento immediatamente o mediatamente riconducibile all'esercizio del potere”*.

⁵⁰ Si veda, in particolare, P. PATRITO, op. cit., p. 1196, secondo il quale *“Ci si troverebbe allora di fronte ad una sorta di riedizione della teoria della prospettazione, con la seguente peculiarità: non più diritto soggettivo che può essere fatto valere come interesse legittimo (quindi, non più l'alternativa tra risarcimento e annullamento), ma la pretesa al comportamento corretto da parte dell'Amministrazione che può essere fatta valere come pretesa alla risposta tempestiva da parte dell'Amministrazione (in entrambi i casi al fine di ottenere il risarcimento del danno)”*.

*lasciar correre qualificazioni privatistiche per poi proporsi impropriamente come giudice ‘civile’ di tali rapporti”*⁵¹.

In questa sede pare utile svolgere qualche considerazione sull’ordinanza che ha dato la stura all’intervento nomofilattico che qui si commenta⁵².

⁵¹ M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo*, cit., p. 901.

⁵² Quanto alle altre due ordinanze di rimessione si osserva brevemente quanto segue. L’ordinanza 9 marzo 2021, n. 2013, della II Sezione, si inserisce in una lite avviata da una società innanzi al TAR Abruzzo, per ottenere il risarcimento dei danni occorsi dall’annullamento di una concessione edilizia. Il Comune resistente eccepisce in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione. Il TAR, affermata la sua giurisdizione, esamina e respinge nel merito la domanda di parte ricorrente. A questo punto la società interpone appello articolando due motivi di gravame: il primo volto a contestare la giurisdizione amministrativa; il secondo a ritenere sussistente la denunciata violazione del suo affidamento. L’ordinanza prende le mosse dalla nota tematica dell’ammissibilità di un motivo di gravame formulato dalla parte che in primo grado ha adito un determinato plesso giurisdizionale, dolendosi in appello della ritenuta sussistenza dell’(originariamente) invocata giurisdizione. La Seconda Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver dato atto degli indirizzi emersi in materia, ritiene di dover sottoporre la questione all’intervento nomofilattico dell’Aduanza Plenaria, chiamata a chiarire “*se sia ammissibile un motivo d’impugnazione volto a contestare la giurisdizione del giudice amministrativo, formulato dalla parte che aveva introdotto il giudizio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale, soprattutto quando il giudizio è stato introdotto in un contesto ordinamentale e giurisprudenziale completamente diverso da quello attuale*”. Ritenuto ammissibile il gravame in punto di giurisdizione, ad avviso della Sezione rimettente si porrebbe un’ulteriore questione meritevole di chiarificazione da parte del Supremo Consesso di giustizia amministrativa. Il tema è quello del riparto di giurisdizione relativo a una domanda risarcitoria proposta contro la pubblica amministrazione per i danni derivati al privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento favorevole illegittimo. Dato atto del prevalente indirizzo contrario, l’ordinanza richiama – aderendovi – l’orientamento contrario, secondo il quale “*nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, le domande relative al risarcimento del danno da lesione dell’affidamento riposto sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati rientrerebbe nell’ambito della cognizione del giudice amministrativo*” (§9.3). Il Collegio rimettente svolge poi interessanti considerazioni di carattere generale sulla consistenza giuridica dell’affidamento, escludendo che esso possa essere ricondotto nell’alveo del diritto soggettivo, costituendo una situazione “*dai tratti peculiari propri, idonea a fondare una particolare responsabilità, che si colloca tra il contratto e il torto civile*” (§10.3). Ad avviso della Seconda Sezione, in ambito pubblicistico l’affidamento tutelabile sorge a seguito di una condotta della p.a. caratterizzata da mala fede o colpa, idonea a far sorgere nel privato in buona fede un’aspettativa al conseguimento di un bene della vita, sulla base di una fiducia ragionevolmente e non colposamente riposta nel favorevole esito del procedimento. La Sezione pone poi un distinguo tra annullamento disposto in sede giurisdizionale da quello determinato dalla spendita del potere di autotutela. Infatti, opina il Collegio, “*a fronte del medesimo petitum risarcitorio, le causae petendi sono differenti*” (§10.3). Nel primo caso la lesione originerebbe da un provvedimento giurisdizionale, a fronte del quale non è predicabile alcuna aspettativa qualificata all’accoglimento delle proprie ragioni e, dunque, non si scorge la lesione di alcun legittimo affidamento. Nel secondo caso, invece, l’assetto degli interessi sarebbe

La Sezione rimettente, dopo un'approfondita disamina dei diversi orientamenti giurisprudenziali, ritiene che sulla controversia dovrebbe decidere il giudice amministrativo ai sensi degli articoli 7 e 133 c.p.a., non condividendo il contrapposto indirizzo nei suoi presupposti sostanziali e processuali.

L'ordinanza valorizza il carattere relazionale dell'interesse legittimo pretensivo e ritiene artificioso frapporre, nel rapporto tra privato e amministrazione, una situazione giuridica ulteriore, fondata sulla violazione del principio del *neminem laedere* o su quella dei doveri derivanti dal contatto sociale qualificato⁵³.

pregiudicato da una modifica unilaterale introdotta dallo stesso soggetto pubblico che aveva precedentemente attribuito il bene della vita per il tramite del provvedimento ampliativo. La Plenaria, con la sentenza 29 novembre 2021, n. 19, ha arrestato il proprio esame alla prima questione, ritenendo non superabile l'indirizzo che opina per l'inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente soccombente in primo grado. Inammissibilità motivata sia in base alla tesi dell'abuso del processo e della violazione del dovere di cooperazione, sia argomentando dal difetto del requisito della soccombenza sul capo (implicito o esplicito) che ritiene sussistente l'adita giurisdizione. L'ordinanza 6 aprile 2021, n. 2753, della II Sezione, ha ad oggetto il contenzioso promosso da una società che si era originariamente aggiudicata un appalto, aggiudicazione che però era stata vittoriosamente impugnata dinanzi il giudice amministrativo da una concorrente. All'esito del giudizio la stazione appaltante "revoca" l'aggiudicazione. È a questo punto che l'originaria aggiudicataria propone azione di condanna al risarcimento del danno per aver senza sua colpa confidato nel legittimo conseguimento del bene della vita. Il giudice di prime cure ha accolto parzialmente la richiesta risarcitoria della parte privata, limitandola all'interesse negativo. Avverso la statuizione del TAR, la p.a. ha interposto appello. Anche in questo caso, la II Sezione dà atto del contrasto di indirizzi in merito all'astratta configurabilità di una lesione dell'affidamento risarcibile, originata dall'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento ampliativo illegittimo, formulando all'Adunanza Plenaria quesiti in tutto sovrapponibili a quelli già posti al suo esame dall'ordinanza n. 2013/2021. L'ordinanza n. 2753/2021 non si occupa però dei problemi di riparto di giurisdizione che la tipologia di controversie cui il caso di specie appartiene pone. Con sentenza 29 novembre 2021, n. 21, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato formula importanti principi di diritto. In base al primo *"nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere 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"* (§7). Segue poi il secondo principio, con il quale statuisce che *"nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa"* (§20).

⁵³ La possibilità di riscontrare una responsabilità da contatto sociale della pubblica

La IV Sezione, per giustificare la sussistenza dell'interesse legittimo pretensivo a seguito dell'annullamento dell'atto ampliativo, non si rifà però a quanti, in dottrina, hanno rilevato⁵⁴ come tale interesse risulti leso tanto dall'illegittimo diniego del provvedimento favorevole quanto dall'altrettanto illegittimo rilascio dello stesso, elaborando quella che sembrerebbe una sorta di 'teoria della degradazione rovesciata'.

Si assisterebbe, dunque, a una dinamica delle situazioni soggettive secondo cui all'originario interesse legittimo pretensivo si sostituirebbe un diritto soggettivo, sorto grazie al provvedimento favorevole. L'eliminazione di quest'ultimo dal mondo giuridico estinguerebbe il diritto soggettivo, lasciando nuovamente il posto a un interesse legittimo pretensivo che nascerebbe insuscettibile di soddisfazione, per l'impossibilità di conseguire il bene della vita cui sin dall'inizio si aspirava, stante l'accertata non spettanza.

Come si avrà modo di illustrare *infra*, la strada percorsa dall'Adunanza Plenaria 20/2021 è diversa, sgombera da ogni riferimento a meccanismi di degradazione o reviviscenza delle situazioni giuridiche soggettive⁵⁵.

amministrazione, rispondente al paradigma della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione *ex art.* 1218 c.c., anziché a quello del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., è stata recisamente esclusa dalla recente Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, posizione condivisa dall'ordinanza di rimessione. Per un commento della Plenaria n. 7/2021 si vedano C. CONTESSA, *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno danno da lesione di interesse legittimo*, in *Urb. app.*, 2021, 5, p. 621; G. SABATO, *Sulla natura aquiliana della responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 1, p. 111; M.L. VISCONTI, *Ritardo nel provvedere e responsabilità aquiliana della P.A.: l'arrocco dell'Adunanza Plenaria*, in *Danno e resp.*, 2021, 4, p. 509. Anche i principi di diritto affermati dalla Plenaria con la sentenza n. 7/2021 possono essere letti, ad avviso di chi scrive, come un tentativo di riaffermare la specialità del rapporto giuridico amministrativo rispetto a quello di diritto comune e, con essa, la necessità di una giurisdizione separata, speciale. Essa, dunque, sembra collocarsi in un più ampio indirizzo della giurisprudenza amministrativa, volto a enfatizzare i momenti di specialità della relazione tra privato e amministrazione, anche in termini di reazione a una giurisprudenza delle Sezioni Unite sul riparto di giurisdizione tendente a una lettura asfittica degli spazi di decisione del g.a. Questo indirizzo sembrerebbe contrapporsi a un altro indirizzo, di cui la decisione n. 5/2018 dell'Adunanza Plenaria costituisce fulgido esempio, che invece pare più propenso a una lettura del rapporto tra amministrazione e privato in termini di non contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato.

⁵⁴ È il caso, ad esempio, di A. TRAVI, *In tema di giurisdizione*, cit., p. 2399.

⁵⁵ E in ciò, senza voler anticipare le riflessioni che saranno svolte *infra*, è possibile scorgere un sicuro merito dell'iter argomentativo seguito dalla pronuncia che qui si commenta. Del resto, quel che non sembra convincere della ricostruzione patrocinata dall'ordinanza di rimessione – in disparte la sostenibilità teorica della degradazione – è la circostanza che dall'annullamento del provvedimento favorevole nasca una situazione giuridica nuova, destinata a poter trovare soddisfazione solo per equivalente, in presenza di un affidamento

Sulla base dell'argomentare così sintetizzato, la Sezione rimettente giunge alla conclusione che il privato sia titolare di un interesse legittimo e che la pretesa risarcitoria troverebbe ragione nelle censure rivolte alle modalità di esercizio del potere, sicché, si tratterebbe sotto i profili soggettivi, oggettivi e funzionali di controversie riconducibili alla giurisdizione amministrativa, per come delineata all'art. 7 c.p.a.

4. *La risoluzione della questione di giurisdizione*

Ebbene, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato risolve la questione di giurisdizione in favore di quella amministrativa, tanto nelle materie di giurisdizione esclusiva quanto in sede di giurisdizione generale di legittimità.

La motivazione prende le mosse dai fondamentali arresti del giudice costituzionale (cfr. sentenze nn. 204/2004, 191/2006 e 140/2007), 'legificati' dal disposto dell'art. 7 c.p.a., con i quali sono stati delineati i limiti alla discrezionalità del legislatore nell'attribuzione di "particolari materie" alla giurisdizione esclusiva del g.a.

Segue poi quello che può essere letto come il perno argomentativo su cui la soluzione della questione si regge, laddove la Plenaria ritiene che l'affidamento non sarebbe una situazione soggettiva autonoma e distinta dai diritti e dagli interessi, potendo ad essi alternativamente riferirsi⁵⁶.

L'Adunanza, pur riconoscendo che la sensibilità nei confronti dell'affidamento si deve in origine all'elaborazione civilistica, rileva, tuttavia, come lo stesso abbia assunto ormai il ruolo di principio (non già situazione giuridica soggettiva) regolatore di ogni rapporto giuridico, inclusi quelli di diritto amministrativo: con ciò richiamando un importante precedente della VI Sezione⁵⁷, ove il Consiglio di Stato aveva rilevato l'idoneità dell'affidamento a fondare la costituzione di particolari rapporti o situazioni giuridiche⁵⁸, potendo tradursi nell'ambito del diritto pubblico

incolpevole. Di "*rischio concreto di tornare alla formulazione dell'interesse legittimo quale 'diritto in attesa di espansione' o 'diritto affievolito'*" parla R. CAROCCIA, *Risarcimento dell'interesse legittimo. Chance, tutela dell'affidamento e regole di validità e responsabilità*, Torino, 2022, p. 137.

⁵⁶ Cfr. Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §5. La centralità di questo passaggio argomentativo è rilevata anche da R. CAROCCIA, op. cit., p. 146.

⁵⁷ Cons. St., Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

⁵⁸ Non a caso l'Adunanza Plenaria richiama, al §5, gli artt. 534, 1153, 1189, 1415 e 1416

nell’aspettativa del cittadino alla legittimità dell’atto ampliativo che, ove frustrata, può essere fonte di responsabilità per la p.a.

La pronuncia procede dunque a rilevare come si verta in ipotesi di giurisdizione amministrativa allorquando l’affidamento che viene in rilievo si appunta sulla 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*”⁵⁹. Non verrebbe difatti in rilievo un comportamento mero ma una vicenda che si iscrive nell’esercizio del potere, disciplinato da regole speciali che connotano l’*agere* autoritativo della p.a.

Ad assumere rilevanza, dunque, sulla scorta della richiamata giurisprudenza costituzionale, sarebbe l’operato dell’amministrazione-autorità, rispetto al quale la relazione con il privato si fonda sulla dinamica relazionale potere-interesse legittimo, che la Costituzione affida *naturaliter* alla cognizione del giudice amministrativo.

Non sarebbe possibile, in tale contesto, l’interposizione di un diritto soggettivo avente ad oggetto l’affidamento, idoneo a radicare la giurisdizione ordinaria. La stabilità del provvedimento e del rapporto giuridico di diritto amministrativo inerebbe dunque all’interesse legittimo. Ipotizzare la degradazione del provvedimento favorevole annullato a mero fatto sarebbe operazione ermeneutica priva di base testuale nell’art. 7, comma 1, c.p.a., disposizione dalla quale non è possibile ritenere che la domanda risarcitoria attribuita alla cognizione del g.a. sia limitata all’ipotesi di danno da provvedimento sfavorevole illegittimo.

Ad avviso dell’Adunanza Plenaria, una conferma delle conclusioni in punto di giurisdizione si trarrebbe dal nuovo comma 2-*bis* dell’art. 1, legge n. 241/1990, inserito dal d.l. n. 76/2020 (convertito con modificazioni dalla l. 120/2020), c.d. d.l. Semplificazioni, in base al quale i rapporti tra privati e pubblica amministrazione sono informati ai principi di buona fede e collaborazione. La novella avrebbe positivizzato principi già ricavabili dall’art. 97, comma 2, Cost., disvelando come il procedimento assurga a sede privilegiata per la composizione del conflitto tra gli interessi

c.c. In questi casi l’affidamento partecipa alla formazione di una situazione soggettiva che però, non operando un fenomeno di partenogenesi, non può che essere diversa da una delle sue componenti. Ad esempio, nel caso dell’erede apparente, la stabilità dell’acquisto da parte del terzo sussiste in presenza di una pluralità di elementi, fra i quali la buona fede del terzo stesso che abbia fatto affidamento sulla qualità di erede del proprio dante causa. La tutela, però, non è dell’affidamento in sé considerato, ma della stabilità dell’atto di acquisto e, dunque, del diritto soggettivo che l’erede apparente ha trasferito – a titolo oneroso – al terzo.

⁵⁹ Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §7.

pubblici e privati rilevanti nella concreta vicenda della vita di relazione. Collaborazione e buona fede opererebbero in via bilaterale, senza che ciò possa obliterare la qualificazione in termini pubblicistici della relazione tra privato e cittadino “*sia pure nell’ottica di un diritto pubblico in cui l’autoritatività dell’agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti*”⁶⁰. Simili doveri comportamentali e obblighi di protezione, tuttavia, lungi dall’assurgere ad autonome situazioni soggettive, andrebbero letti come posti “*a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza*”⁶¹.

Portando a compimento quanto rilevato al §5, e cioè della possibilità di ricollegare l’affidamento tanto ai diritti soggettivi, quanto agli interessi legittimi, la Plenaria ribadisce che la violazione del dovere di correttezza da parte della p.a., incidente sul principio di affidamento, non può che ledere la situazione soggettiva del privato che effettivamente assume rilievo nella dinamica di esercizio del potere, l’interesse legittimo.

A riprova della bontà delle conclusioni cui giunge, la Plenaria richiama il precedente n. 6/2005, con il quale il Supremo Consesso di giustizia amministrativa ha affermato la giurisdizione amministrativa nell’ambito di una controversia relativa al risarcimento chiesto a titolo di responsabilità precontrattuale, dall’aggiudicataria di una procedura di evidenza pubblica a seguito della revoca legittima della gara. Segue l’affermazione – sulla quale si avrà modo di soffermarsi *infra* – in base alla quale il risalente precedente disvelerebbe l’operatività autonoma e su piani distinti delle regole di legittimità amministrativa, la cui violazione incide sulla validità del provvedimento, e quelle di correttezza che, se violate, comportano il sorgere della responsabilità dell’amministrazione. Si richiama anche la più volte citata sentenza n. 5/2018, con la quale l’Adunanza Plenaria ha scisso la risarcibilità del danno da illecito precontrattuale e il giudizio sulla spettanza del bene della vita finale. Ciò dimostrerebbe l’autonomia dei due ordini di regole – di validità e di comportamento – all’interno della quale verrebbe in rilievo l’affidamento del privato, proiettato sia sulla positiva conclusione del procedimento sia nel caso in cui, pur a fronte di un legittimo diniego del bene della vita, l’amministrazione abbia suscitato,

⁶⁰ Tale affermazione, contenuta in chiusura del §10, sembra discostarsi da quanto affermato nella Ad. Plen. n. 7/2021, da cui al contrario sembrerebbe leggersi una visione panaquiliana della responsabilità dell’amministrazione, in cui il ‘contatto’ procedimentale sembra non assumere particolare rilievo in punto di qualificazione della natura della responsabilità.

⁶¹ Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §10.

con il suo comportamento, una ragionevole aspettativa sull’esito favorevole della vicenda procedimentale.

Da qui l’affermazione conclusiva in base alla quale “è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione 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 mediatamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni’; ed inoltre che ‘nelle particolari materie indicate dalla legge’ di giurisdizione esclusiva... essa 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”⁶².

5. Alcune osservazioni sui principi di diritto affermati dall’Adunanza Plenaria

Così brevemente esposto l’iter argomentativo con il quale la Plenaria ha deciso la questione di giurisdizione deferita dalla IV Sezione, si procederà con qualche breve considerazione.

In via preliminare occorre osservare che, nell’attuale assetto ordinamentale, dal combinato disposto degli artt. 111, commi 7 e 8 Cost., 360, n. 1 e 374 c.p.c., 111 c.p.a., 65 ord. giud., emerge chiaramente come la funzione nomofilattica in tema di riparto di giurisdizione – e dunque di perimetrazione degli ambiti di ciascun plesso in cui si articola l’unità funzionale del sistema giurisdizionale – sia devoluta alle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, a conferma della scelta di fondo operata agli albori del sistema di giustizia amministrativa con la legge 31 marzo 1877, n. 3761 (c.d. legge sui conflitti)⁶³.

⁶² Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §15.

⁶³ La tematica del riparto di giurisdizione e della soluzione dei conflitti è stata oggetto di un’attenzione pressoché costante della dottrina e ciò non consente – neppure in via tendenziale – di fornire indicazioni bibliografiche esaustive. Sia dunque consentito limitare i riferimenti a qualche cenno. *Ex multis* A. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 47; F. BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 589 ss., in part. p. 602; E. CANNADA BARTOLI, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 295; Id., voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, p.

Si può dunque comprendere come la posizione nella quale la Sezione rimettente ha posto la Plenaria non fosse – quanto meno dal punto di vista istituzionale – delle più semplici, considerato l’alto rischio che le Sezioni Unite possano procedere alla smentita dei principi di diritto affermati in punto di giurisdizione dalla pronuncia n. 20/2021, adottata dalla Plenaria “*con la sua istituzionale autorevolezza*”. Del resto, la Plenaria è sicuramente consapevole di un simile rischio. Essa, difatti, conclude l’analisi della questione di giurisdizione rilevando il “*possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato... con l’orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice*”, osservando che esso “*potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell’articolo 111 della Costituzione*”, invitando però la Sezione rimettente – a cui la causa è stata restituita per la prosecuzione del giudizio – a osservare l’affermato principio (salva nuova rimessione) *ex art. 99 c.p.a.*⁶⁴

Il rischio dell’ennesima guerra tra Corti, dunque, è tutt’altro che remoto⁶⁵.

508; M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il codice del processo amministrativo*, Padova, 2018; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni: premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 229; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 137; A. PAJNO, voce *Il riparto di giurisdizione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, vol. V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003, p. 4193; E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il Processo*, 2021, 1, p. 47; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, 1, p. 1073; F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549; M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la p.a. e la doppia tutela*, Roma, 1979. Per la manualistica v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. FRACCHIA (a cura di), Milano, 2017, p. 757; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, p. 116; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 121.

⁶⁴ Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §15.

⁶⁵ Il livello di tensione tra le Corti ha raggiunto un evidente apice con la nota ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 18 settembre 2020, che ha disposto rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, denunciando un contrasto con il diritto dell’UE da parte del diritto vivente sorto a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, con la quale la Consulta ha operato un’interpretazione dell’art. 111, comma 8, Cost. tesa ad escludere estensioni in chiave evolutiva del concetto di “*motivi inerenti alla giurisdizione*”, evidentemente volte ad ampliare gli spazi del sindacato della Suprema Corte sui provvedimenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. L’esito del rinvio, deciso da CGUE, Grande Sezione, 21

Venendo ora alle considerazioni relative alla risoluzione della questione di giurisdizione, l’incedere argomentativo della sentenza pare, nel complesso, largamente condivisibile, apprezzandosi per linearità e logicità.

Viene in rilievo, in primo luogo, l’affermata giurisdizione del g.a. nelle materie ad esso devolute in via esclusiva. Su questo crinale la giurisprudenza delle Sezioni Unite non è mai riuscita convincentemente a chiarire fino in fondo in base a quale meccanismo giuridico l’effetto caducatorio *ex tunc*⁶⁶

dicembre 2021, in C-497/20 è stato sfavorevole alla tesi propugnata dall’ordinanza di rinvio. La vicenda ha suscitato un vivacissimo dibattito tra studiosi di varie discipline (diritto amministrativo, costituzionale, processuale civile e dell’Unione europea). L’*“elevato numero di commenti all’ordinanza delle Sezioni unite è di per sé sintomatico del fatto che essa tocca un nervo scoperto, cioè i rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa all’interno delle coordinate tracciate dalla Costituzione”*, M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, p. 217. Sull’ordinanza, *ex plurimis*, E.M. BARBIERI, *Un ricorso per Cassazione per difetto di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato approda, forse senza ragione, alla Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 103; R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione, in federalismi.it*, paper, 18 novembre 2020; A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 65; M.P. CHITI, *La Corte Costituzionale come giudice naturale dell’assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 1; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione giustizia*, 2020; F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l’art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell’Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Giustizia insieme*, 11 dicembre 2020; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere del concorrente escluso dalla gara: la Cassazione sceglie il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 79; A. PAJNO, *L’ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite della Cassazione tra costruzione e decostruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 31; A. SANDULLI, *Impervi sentieri dell’interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 57; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell’Unione europea in una recente ordinanza delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2020, I, p. 3415.

⁶⁶ Effetto che tra l’altro una parte della giurisprudenza amministrativa sembra ritenere disponibile e modulabile. La tematica esula dalle presenti osservazioni. Sia consentito il rinvio ad alcune pronunce del g.a. che hanno riconosciuto la possibilità di modulare gli effetti temporali dell’annullamento del provvedimento, al fine di garantire l’effettività della tutela. In termini, Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13, Cons. St., Sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858. *Contra* Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4, Ad. Plen., 27 febbraio 2019, nn. 4 e 5. V’è da chiedersi, però, quali ricadute

riconosciuto all'annullamento del provvedimento sia idoneo a degradare tale atto di esercizio (seppur illegittimo) di potere a comportamento mero.

Sul punto è bene ricordare che con tale espressione la Consulta chiaramente intendeva quelle ipotesi “*nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere*”⁶⁷. Tale essendo la matrice concettuale che ha ispirato l'attuale formulazione dell'art. 7 c.p.a., la giurisprudenza prevalente delle Sezioni Unite – con evidente torsione testuale e concettuale – finisce per intendere per “mero comportamento” qualcosa di profondamente diverso dal significato ricavabile alla luce di un'interpretazione sistematica delle disposizioni rilevanti, senza però dirlo apertamente e anzi dichiarando formale adesione alla giurisprudenza costituzionale. Così procedendo, il diritto vivente della Corte regolatrice opera una parcellizzazione arbitraria di una complessiva vicenda di manifestazione del potere, al fine di ricondurre quel che era (e resta) un atto di (illegittimo) esercizio di tale potere a un comportamento, per giunta non riconducibile – neppure mediatamente – a detto esercizio. Sembra evidente che il provvedimento illegittimo sia espressione del potere tanto quanto quello legittimo. L'atto provvedimentale, difatti, non è in alcun modo riconducibile a una delle ipotesi in cui la p.a. non esercita il potere, essendo manifestazione tipica dell'*agere* autoritativo dell'amministrazione.

Il ragionamento della Plenaria, all'evidenza maggiormente adesivo al dato testuale dell'art. 7 c.p.a. e alla giurisprudenza costituzionale che ne ha ispirato la lettera⁶⁸, consente dunque di affermare la giurisdizione amministrativa in quelle “*particolari materie indicate dalla legge*” attribuite in via esclusiva alla sua cognizione, non venendo in rilievo il criterio di

potrebbe avere l'indirizzo giurisprudenziale che ammette la disponibilità e la modulabilità degli effetti della sentenza di annullamento sui principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite a far data dal 2011. Si pensi all'ipotesi in cui la lesione dell'affidamento sia originata da un provvedimento favorevole che il g.a. abbia annullato con effetti solo *ex nunc* o, addirittura, escludendo del tutto l'effetto caducatorio. Sarebbe ancora possibile ritenere l'atto di esercizio del potere alla stregua di un mero elemento fattuale?

⁶⁷ Corte. Cost., 5-6 luglio 2004, n. 204, § 3.4.3.

⁶⁸ E ciò sulla scorta del criterio di delega di cui all'art. 44, comma 1, legge 18 giugno 2009, n. 69, in base al quale il Governo era delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo amministrativo “*al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori*”. Sul punto v. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, p. 119; Id., *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al Libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, p. 100.

riparto fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

Questo risultato ermeneutico, sicuramente condivisibile, era del resto auspicato dalla stragrande maggioranza della dottrina amministrativistica⁶⁹, la quale non ha mancato di sottolineare la forzatura dell’esclusione della giurisdizione amministrativa, quanto meno nelle ipotesi di cui all’art. 133 c.p.a.

Ma l’Adunanza si spinge oltre, ritenendo che nelle controversie della tipologia di quelle poste alla sua attenzione la giurisdizione del giudice amministrativo possa essere affermata anche al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva e ciò sulla base del criterio di riparto *ex artt.* 24 e 103, Cost., fondato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo.

Anche tale statuizione è da accogliere favorevolmente.

Non va dimenticato che il contesto giurisprudenziale in cui la sentenza che qui si annota si colloca sembra caratterizzato da una tendenza a rinvenire situazioni giuridiche soggettive, senza tuttavia un previo effettivo riscontro, sul piano positivo, del ricorrere di una posizione differenziata. Esemplificative le oscillazioni in termini di (fantomatico) diritto all’integrità del patrimonio, di affidamento inteso come diritto soggettivo o come nuova e autonoma situazione soggettiva.

In questo ordine di idee l’intervento nomofilattico dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sembrerebbe cogliere con maggior rigore metodologico l’essenza dell’affidamento, quale principio generale dell’ordinamento⁷⁰ e, perciò, comune al diritto privato e a quello pubblico e dal quale possono derivare spazi di tutela indifferentemente inerenti a diritti soggettivi o interessi legittimi, a seconda della posizione sostanziale concretamente rinvenibile.

E difatti, può dirsi ormai acquisita l’operatività del principio di buona fede e correttezza anche nel diritto pubblico e ciò senza che sia possibile limitarne la portata all’agire privatistico e paritetico dell’amministrazione, la quale è vincolata dalla buona fede anche – e forse *a fortiori* – quando agisce in veste di autorità⁷¹, secondo i propri paradigmi procedurali e

⁶⁹ Su cui ampiamente *supra*, §2.

⁷⁰ Peraltro esso assume rilievo costituzionale. La Consulta, infatti, individua il fondamento del principio nell’art. 3 Cost. (cfr. *ex multis*, Corte cost. 27 giugno 2017, n. 149), nonché in altre disposizioni più settoriali di volta in volta coinvolte (come gli artt. 41, 42 e 97 Cost.). In termini, A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento*, cit., p. 122, nt. 3.

⁷¹ In termini, F. MANGANARO, op. cit., p. 47, il quale – per superare le obiezioni di quanti vorrebbero limitare l’operatività della buona fede ai rapporti paritari – evidenzia come “*alle origini del diritto romano, l’istituto della fides riguardava proprio rapporti di tipo non*

provvedimentali.

In altre parole, la presenza e la spendita del potere non può essere ridotta a comportamento mero, primo anello della catena causale che ha determinato l'illecito, senza con ciò disconoscere le specificità – e perché no la specialità – del rapporto giuridico amministrativo⁷².

Se vi è esercizio, anche mediato, di potestà pubblica, rivolta alla cura dell'interesse pubblico, la relazione con il privato non può che essere governata dalla dinamica relazionale potere/interesse legittimo. Al contrario, ove la p.a. si relazioni sul piano sostanziale come farebbe un qualsiasi altro consociato, allora l'atteggiamento colposamente lesivo del principio dell'affidamento non potrà che incidere sulla trama dei diritti e dei doveri reciprocamente incombenti su due soggetti dell'ordinamento che si interfacciano in un contesto paritario e, dunque, con lesione del diritto soggettivo.

Poiché nel caso di provvedimento favorevole poi annullato è innegabile che la fiducia sia tradita nell'ambito di una relazione in cui l'amministrazione non spende la sua capacità negoziale di diritto comune ma la situazione giuridica soggettiva di potere amministrativo⁷³, non può che concludersi che la situazione lesa dalla violazione del principio di affidamento sia l'unica che concretamente possa dialogare col potere, e cioè l'interesse legittimo⁷⁴.

paritario, cioè rapporti giuridici in cui una delle parti esercitava un potere di supremazia sull'altra ed è in questo ambito che la buona fede veniva generalmente riconosciuta come limite all'esercizio del potere", concludendo che "la buona fede espliciti i suoi effetti, anzi acquisisca maggiore rilevanza, proprio quando regolamenti rapporti in cui le parti si trovano in posizione di disuguaglianza".

⁷² Sul quale, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008. V. anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 112 ss.

⁷³ Per un recente studio della situazione giuridica di potere, nell'ambito di una più ampia riflessione sull'oggetto del processo amministrativo, v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020. Utili spunti, specie rispetto alla tematica del potere di autotutela e della tutela dell'affidamento, anche in M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo: profili critici*, Napoli, 2018, il quale non manca di osservare che mentre il principio di un buon andamento può costituire la base costituzionale favorevole all'inesauribilità del potere amministrativo, "la tutela del legittimo affidamento, che costituisce un principio di diritto europeo di livello costituzionale, rappresenta il più diretto antagonista dell'inesauribilità del potere, in quanto trova realizzazione nella stabilità del provvedimento favorevole e nell'intangibilità della sfera giuridica del cittadino una volta decorsi i termini per provvedere" (p. 172-173).

⁷⁴ Non è ovviamente questa la sede per poter affrontare *funditus* un discorso sulla natura e sulle caratteristiche dell'interesse legittimo. Per un esame completo e approfondito dell'evoluzione storica della figura, si veda l'imponente monografia di F. G. SCOCA, *L'interesse*

La circostanza che in un primo momento tale interesse sia stato soddisfatto non assume rilievo, se non nel senso che tale non dovuta e illegittima soddisfazione possa aver contribuito al radicamento di una aspettativa di stabilità sull'assetto d'interessi predisposto per mezzo di quella vicenda di esercizio del potere.

Occorre a questo punto chiedersi se i principi di diritto autorevolmente affermati siano da limitare al contenzioso in materia di risarcimento del danno da provvedimento favorevole annullato o se possano essere estesi anche alle questioni di cui le Sezioni Unite si sono occupate con l'ordinanza n. 8236/2020 e, cioè, più in generale per quanto riguarda il danno da

legittimo. Storia e teoria, Torino, 2017. In chiave storica si v. anche B. SORDI, voce *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Milano, 2008, p. 709; Id., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, spec. p. 339 ss. La letteratura sull'interesse legittimo è sconfinata, le citazioni che seguono non hanno alcuna pretesa di esaustività. *Ex multis*, F. BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 185; Id., *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 108; C. BOZZI, voce *Interesse e diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 844; A. CACCIARI, *In difesa dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.-TAR*, 2012, 12, p. 4065; E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 334; Id., voce *Interesse*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 1; E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 611; Id., *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a 'progressivo rafforzamento'*, in *Dir. econ.*, 2008, 1, p. 7; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. FRACCHIA (a cura di), Milano, 2017, p. 324; G. CODACCI-PISANELLI, *Interessi giuridicamente protetti e diritti soggettivi nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, p. 817; P. COTZA, *L'interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, 2017; M. D'ARIENZO, *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, Napoli, 2017; L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, III, p.723; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Rimini, 2017; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, p. 46; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 93 ss.; Id., *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit.; N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 1, p. 1; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1960; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95; A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, p. 273; F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit.; Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; Id., voce *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989. Per la configurabilità degli interessi legittimi nel diritto privato, L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; Id., voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. IX, Torino, 1993, p. 527.

lesione dell'affidamento.

Il *thema decidendum* era ovviamente relativo all'annullamento di un precedente provvedimento favorevole. La Plenaria, dunque, non affronta il tema in un'ottica più ampia, involgente il generale profilo della lesione dell'affidamento *tout court* inteso. Nonostante ciò, la valorizzazione dell'ambiente relazionale in cui si svolge il confronto tra privato e p.a., caratterizzato dal fatto che quest'ultima è chiamata a spendere i propri poteri autoritativi, milita a favore dell'estensione della soluzione in tema di riparto di giurisdizione anche a quelle ipotesi – esaminate da Sez. Un. n. 8236/2020 – in cui un provvedimento favorevole sia in effetti mancato, nonostante il complessivo comportamento dell'amministrazione potesse far ragionevolmente sperare nella sua emanazione.

Nel caso di mancata adozione di un provvedimento nell'ambito di una complessiva vicenda procedimentale, volta all'ottenimento di un atto ampliativo, il privato comunque dialoga e si relaziona col potere pubblico in ragione della titolarità di un interesse legittimo.

La relazione non è paritetica ma connotata dall'*agere* autoritativo della p.a. che l'istante vorrebbe orientato a suo favore, al fine di soddisfare l'interesse legittimo pretensivo di cui è portatore. In caso di mancata adozione del provvedimento favorevole, ad essere frustrato risulta proprio quell'interesse legittimo pretensivo fatto valere con l'istanza propulsiva della sequela procedimentale. Anche in queste ipotesi, dunque, il principio di affidamento si inserisce in un contesto autoritativo in cui il dialogo tra privato e amministrazione è animato dalla dinamica interesse legittimo/potere amministrativo.

La generalizzazione dei principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria anche alle controversie della tipologia esaminata dalle Sezioni Unite nel 2020 consente di superare, ad avviso di chi scrive, l'insostenibile idea che, mancando il provvedimento, sicuramente difetti il potere e, con esso, l'interesse legittimo.

Contrariamente, il consolidamento della posizione delle Sezioni Unite potrebbe condurre a una ripresa di quelle posizioni che vedevano nel solo provvedimento lesivo il fatto genetico dell'interesse legittimo⁷⁵, come se la fase precedente (il contatto procedimentale) non avesse alcun rilievo⁷⁶.

Affermata la natura sostanziale dell'interesse legittimo e preso atto che gli istituti partecipativi cooperano alla sua emersione sul piano normativo,

⁷⁵ Per un'approfondita disamina di come si sia giunti ad affermare la rilevanza anche procedimentale dell'interesse legittimo v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 188 ss.

⁷⁶ In ciò forse trovando un'inaspettata sponda nelle affermazioni di Ad. Plen. n. 7/2021, circa la natura aquiliana della responsabilità dell'amministrazione.

dovrebbe ormai essere dato acquisito quello per cui l’interesse legittimo non nasce frustrato dal provvedimento lesivo ma si colloca sul piano sostanziale già nel procedimento, la cui disciplina generale prevede una serie “*di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all’utilità*”⁷⁷.

Insomma, la posizione espressa dalla Corte regolatrice sembrerebbe condurre ad affermazioni – quali la negazione dell’esercizio del potere fintantoché lo stesso non si concretizzi in un provvedimento formale – che risultano evidentemente distoniche con l’attuale assetto ordinamentale.

Se in punto di giurisdizione l’Adunanza Plenaria offre una soluzione assolutamente condivisibile, qualche profilo di criticità sembra emergere con riferimento alla declinazione sostanziale della vicenda. Essendo le presenti riflessioni incentrate sul tema del riparto, sia consentito esaminare questo profilo mediante l’esposizione di alcune suggestioni che taluni passaggi argomentativi hanno suscitato.

L’Adunanza, risolvendo le questioni di diritto sottoposta al suo esame dall’ordinanza n. 3753/2021 della IV Sezione, statuisce che “*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*”⁷⁸.

L’attenzione va posta in particolare sulla valorizzazione della proposizione dell’azione di annullamento ai fini dell’esclusione dell’affidamento incolpevole.

Procedendo con ordine, l’esclusione dell’affidamento incolpevole in presenza di una dolosa induzione all’emanazione del provvedimento ad opera dell’istante, o al ricorrere di un’illegittimità evidente facilmente accertabile dal beneficiario (colpa grave), è pienamente condivisibile. Così come è da condividere la valorizzazione della posizione non paritetica del privato rispetto alla p.a., al fine di escludere che ogni contributo del privato all’emanazione dell’atto illegittimo possa essere causa di esclusione dell’affidamento. In questi termini correttamente la Plenaria rileva come si addiverrebbe a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che la stragrande maggioranza dei provvedimenti ampliativi sono emessi all’esito di un procedimento ad impulso privato. Importante il chiarimento circa il fatto che, pur nell’ambito di un procedimento governato da correttezza e

⁷⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 103.

⁷⁸ Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §26.

collaborazione, mentre il privato persegue comunque il proprio utile, è la p.a. l'effettiva tenentaria dell'interesse pubblico concreto⁷⁹.

Il *punctum dolens* della pronuncia sembra però rinvenirsi subito dopo, nell'esaminare i limiti alla configurabilità di un affidamento incolpevole in presenza di colpa non grave. Qui la Plenaria, valorizzando “*i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune*” ritiene che la proposizione dell'azione costitutiva di annullamento – nella quale il destinatario del provvedimento ampliativo assume la veste del controinteressato – porrebbe il privato “*nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza*”.

Sicché dovrebbe escludersi un affidamento incolpevole sulla stabilità del rapporto, dato che con la proposizione dell'azione di annullamento la caducazione dell'atto diverrebbe “*evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso*”⁸⁰. Al contrario, l'affidamento incolpevole sarebbe ipotizzabile antecedentemente alla notifica del ricorso per l'annullamento.

Il ragionamento del Supremo Consesso di giustizia amministrativa sembrerebbe condurre alla perdita di rilevanza pratica della stragrande maggioranza delle controversie relative al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento maturato rispetto a un atto ampliativo caducato in sede giurisdizionale: il risarcimento, infatti, sarebbe sempre escluso in ragione della precedente azione di annullamento.

Gli spazi per il risarcimento residuerebbero nelle limitate ipotesi in cui gli impegni economici e d'investimento siano stati assunti dal privato prima della proposizione del ricorso in sede giurisdizionale da parte dei controinteressati.

In questo modo, però, si introduce una evidente asimmetria tra i

⁷⁹ Va comunque rilevato che i principi di collaborazione e buona fede, codificati al comma 2-bis dell'art. 1, l. 241/1990, hanno portata bilaterale, imponendosi sia in capo al privato che all'amministrazione. Ciò ha il sicuro effetto di attenuare la spinta egoistica che muove il privato nell'ambito del rapporto giuridico amministrativo, in modo non dissimile da quanto avviene nel rapporto obbligatorio di diritto civile, grazie agli artt. 1175 e 1375 c.c. Come già chiarito, il comma 2-bis è stato inserito dall'art. 12, comma 1, lett. a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120. Sul punto, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato 'responsabilizzato'*, in *federalismi.it*, 2020, 36, p. 67 ss.

⁸⁰ Questo passo, come quelli precedenti, sono tratti dal §22 della sentenza che qui si commenta.

provvedimenti favorevoli annullati d’ufficio – rispetto ai quali alcun automatismo escludente l’affidamento è stato rilevato dalla Plenaria – e quelli caducati dal giudice amministrativo. Asimmetria che non sembra giustificarsi fino in fondo, dato il comune esito effettuale della pronuncia giurisdizionale e del provvedimento amministrativo adottato *ex art. 21-nonies* l. n. 241/1990⁸¹.

La conclusione della Plenaria, poi, sembrerebbe confliggere proprio con quegli elementi di specialità del diritto amministrativo in premessa valorizzati. Il regime di impugnazione dell’atto amministrativo si fonda evidentemente sull’efficacia costitutiva della sentenza di annullamento del giudice amministrativo, tant’è che, com’è noto, il decorso del termine di decadenza comporta l’inoppugnabilità dell’atto, pur se illegittimo. Atto amministrativo, poi, che è connotato dalla presunzione di legittimità, sino alla sua effettiva caducazione, a seguito del positivo riscontro di una causa di illegittimità. Sicché, affermare in via generale e astratta che la mera proposizione dell’azione di annullamento a monte abbia efficacia preclusiva al riconoscimento del risarcimento da lesione dell’affidamento a valle sembra scontrarsi proprio con la natura e la declinazione positiva dell’azione di annullamento del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti.

Con ciò non vuole certo concludersi nel senso che la proposizione di un ricorso giurisdizionale da parte di un terzo sia circostanza incolore rispetto all’affidamento che ragionevolmente può riporsi sul provvedimento favorevole. Ma, ad avviso di chi scrive, l’incidenza di una tale circostanza dovrebbe essere concretamente accertata caso per caso⁸².

⁸¹ Del resto, anche chi autorevolmente sostiene la necessità di tenere separate le ipotesi di annullamento d’ufficio da quelle di annullamento giurisdizionale, giunge comunque alla conclusione che in ambo i casi la situazione giuridica soggettiva lesa assume i connotati dell’interesse legittimo: nel primo caso un interesse legittimo oppositivo, fatto valere nel procedimento amministrativo di secondo grado; nel secondo, invece, l’originario interesse legittimo pretensivo, illegittimamente soddisfatto dal provvedimento favorevole, poi annullato dal g.a. In termini, F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., p. 465 ss. Rileva la necessità di non confondere le due ipotesi anche Cons. St., Sez. II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013, in particolare al §10.3. Come chiarito però, la questione deferita alla Plenaria non è stata esaminata. Difatti, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19 ha arrestato il suo esame alla prima questione deferitale, ritenendo non superabile l’indirizzo che ritiene inammissibile l’eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente soccombente in primo grado.

⁸² È facile ipotizzare il caso in cui il ricorso del controinteressato risulti palesemente contrastare con un granitico indirizzo della giurisprudenza, indirizzo poi modificato proprio nel caso di specie. È possibile argomentare che l’affidamento incolpevole possa far difetto in simili evenienze per il solo fatto della notifica di un ricorso che, sulla base di un

6. *Un dialogo (im)possibile? Considerazioni conclusive e suggestioni de jure condendo*

Svolte le brevi osservazioni che precedono e considerato il più ampio contesto giurisprudenziale e dottrinario in cui la sentenza n. 20/2021 si colloca, pare opportuno svolgere qualche considerazione conclusiva anche in vista dei possibili successivi sviluppi.

Come si è avuto modo di osservare, la soluzione prospettata dalla Plenaria è sideralmente distante dal diritto vivente (allo stato prevalente) delle Sezioni Unite. La lite che ha dato la stura alla sentenza n. 20/2021⁸³ potrebbe essere portata all'attenzione dei giudici di Piazza Cavour. Se così non dovesse essere, è comunque ragionevole attendersi una replica delle Sezioni Unite, non appena queste ne avranno occasione⁸⁴.

Queste ultime potranno orientarsi in almeno tre direzioni: *a)* estremizzare il conflitto e dare avvio all'ennesima guerra tra Corti, respingendo globalmente le argomentazioni propugnate da Ad. Plen. n. 20/2021, così confermando l'indirizzo risalente al 2011; *b)* accettare una sorta di transazione giurisprudenziale⁸⁵, rinunciando alla posizione che sembra più insostenibile alla luce della lettera dell'art. 7 c.p.a., e cioè riconoscendo la giurisdizione amministrativa almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva; *c)* operare un (sofferto) *revirement* e aderire alle posizioni propugnate dal Supremo Consesso di giustizia amministrativa⁸⁶.

L'ultima soluzione, che ad avviso di chi scrive sarebbe da preferire, è anche quella che più difficilmente pare possa essere percorsa. Le resistenze che emergono dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, infatti, sembrano andare ben oltre le vicende dell'affidamento incolpevole e della sua

giudizio prognostico ragionevole, apparisse destituito di ogni fondamento?

⁸³ Il cui epilogo si rinviene nella sentenza 26 aprile 2022, n. 3179, con la quale la IV Sezione del Consiglio di Stato, cui la controversia era stata rimessa dalla Plenaria in commento *ex art.* 99, comma 4, c.p.a., ha respinto l'appello del Comune di Numana, ritenendo sussistente l'affidamento incolpevole della parte appellata.

⁸⁴ Occasione non rinvenibile nell'ordinanza delle Sezioni Unite n. 7515/2022, depositata in data 8 marzo 2022. Tale provvedimento opera un mero richiamo ai precedenti orientamenti della Corte regolatrice (in specie alla pronuncia n. 8236/2020), senza alcun confronto con la decisione che qui si commenta. Ciò alla luce del fatto che l'udienza di discussione svoltasi a Piazza Cavour è antecedente (9 novembre 2021) alla data di deposito della sentenza n. 20/2021 dell'Adunanza Plenaria (29 novembre 2021).

⁸⁵ Senza essere preceduta, questa volta, da 'contatti giurisdizionali' tra le due Corti. Il riferimento è ovviamente al concordato Romano-D'Amelio, su cui *infra*.

⁸⁶ Magari valorizzando quei (pochi) precedenti delle stesse Sezioni Unite che risultano distonici con l'indirizzo prevalente.

lesione, appuntandosi a un livello più generale. Dalle decisioni della Corte regolatrice, difatti, traspaiono sovente dubbi e riserve sulla idoneità del giudice amministrativo ad offrire una tutela risarcitoria piena ed effettiva, tutela ancora percepita da Piazza Cavour come naturale appannaggio della giurisdizione ordinaria⁸⁷. Insomma, la strada del dialogo, seppur astrattamente percorribile, sembra la più irta di resistenze e di ostacoli.

Così, però, a farne le spese è inevitabilmente il privato, il quale non è evidentemente posto nelle condizioni di determinare con precisione e con un certo margine di certezza il giudice cui l’ordinamento riconosce il potere di decidere la lite insorta sul piano sostanziale con l’amministrazione e, con esso, l’intera comunità nazionale⁸⁸. È ormai un dato acquisito, difatti,

⁸⁷ Al riguardo è stato autorevolmente osservato che “*anche alla luce della prassi interpretativa, non è priva di fondamento l’opinione secondo la quale il giudice amministrativo ha ancor oggi una minor familiarità rispetto al giudice ordinario con le questioni risarcitorie. Del resto, ciò è riconosciuto in qualche modo dallo stesso Codice del processo amministrativo che consente al giudice, accertato l’an del risarcimento, di rimettere in prima battuta all’accordo delle parti la determinazione del quantum secondo i criteri stabiliti dallo stesso giudice*”, M. CLARICH, *Il dualismo*, cit., p. 224.

⁸⁸ Il che sembra contraddire il disegno costituzionale emergente dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. che, realizzando una sostanziale parità e originarietà tra i due plessi giurisprudenziali, disvela come la protezione giurisdizionale nei confronti del potere pubblico sia orientata nella prospettiva del cittadino. Cfr. A. PAJNO, voce *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 4220, il quale più avanti soggiunge (p. 4225) che “*la qualità complessiva di un sistema di tutela giurisdizionale dipende dalla sua capacità di garantire quelle utilità secondo le modalità avvertite come significative dalla società alla quale il sistema di tutela si riferisce*”. In quest’ottica, oscillazioni così evidenti nell’individuazione del giudice munito del potere di decidere sembrano porre in dubbio la capacità dell’attuale sistema di soddisfare le esigenze sociali. Potrebbe allora essere utile un mutamento di prospettiva, aderendo ad un’ottica in cui anziché disquisire di quale giudice abbia il potere di decidere, si individui l’operatore in grado di erogare un servizio pubblico nel modo più efficace ed efficiente possibile. Per questa prospettiva v. A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2020, 1, p. 207 ss., in part. p. 236; M. CLARICH, *Il dualismo*, cit., p. 225. Per una ricostruzione storica del passaggio dall’attività giurisdizionale in termini di potere giudiziario all’ottica del servizio pubblico della giustizia v. N. PICARDI, *La giurisdizione all’alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 167. Sull’impianto costituzionale della giustizia amministrativa v. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione. Saggi*, Torino, 2022, in part. p. 150 ss.; E. FOLLIERI (a cura di), *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul processo amministrativo*, Bari, 2018; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 3, p. 419; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa. Sonntagsgedanken*, Milano, 2005; A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra ‘attuazione’ e ‘adeguamento’*, Napoli, 1995; F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, p. 371; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali*

la relazione tra (una tendenziale) certezza del diritto (anche in punto di regole riparto) e appetibilità del “Sistema Paese” agli occhi degli investitori internazionali e nazionali⁸⁹.

È appena il caso di osservare come contrasti in tema di riparto tra giudice ordinario e amministrativo siano tutt’altro che infrequenti, costituendo le controversie in tema di lesione dell’affidamento incolpevole solo un significativo esempio di una certa incomunicabilità tra i plessi giurisdizionali e la Corte regolatrice della giurisdizione. Non sembra pertanto inconferente, nell’economia del contributo, l’allargamento dell’orizzonte speculativo, seppur limitato a qualche breve suggestione che la tematica affrontata dalla Plenaria suscita in chi scrive.

della giurisdizione amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 68.

⁸⁹ È evidente come i contrasti in punto di riparto – specie nei casi in cui non sia attivato il regolamento preventivo di giurisdizione – incidano assai negativamente sulla durata dei processi, contribuendo al rallentamento complessivo nella celebrazione dei processi, con evidenti ricadute sul piano macroeconomico. Segnala la negativa incidenza economica della regola di riparto fondata sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo “*che sembra talvolta inseguire corpi astrali piuttosto che il concreto assetto del potere, e che continua a produrre incertezza anche dopo il codice del processo amministrativo*”, A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. PELLEGRINO, A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica: serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, 2014, p. 58. Sul punto v. anche, di recente, M. CLARICH, *Il dualismo*, cit., p. 226. Non può mancare di osservarsi che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (c.d. PNRR) pone particolare enfasi sulla riforma della giustizia che, assieme a quella della pubblica amministrazione, campeggia tra le riforme strutturali di carattere orizzontale nel complessivo progetto di riforma e rilancio del Paese. Il PNRR è consultabile e scaricabile dal sito <https://italiadomani.gov.it/it/home.html>. Per la riforma della giustizia si veda, in particolare, p. 55 ss. Particolarmente indicativo quanto esposto a pag. 56: “*Studi empirici dimostrano che una giustizia rapida e di qualità stimola la concorrenza, poiché accresce la disponibilità e riduce il costo del credito, oltre a promuovere le relazioni contrattuali con imprese ancora prive di una reputazione di affidabilità, tipicamente le più giovani; consente un più rapido e meno costoso reimpiego delle risorse nell’economia, poiché accelera l’uscita dal mercato delle realtà non più produttive e la ristrutturazione di quelle in temporanea difficoltà; incentiva gli investimenti, soprattutto in attività innovative e rischiose e quindi più difficili da tutelare; promuove la scelta di soluzioni organizzative più efficienti. Si stima che una riduzione della durata dei procedimenti civili del 50 per cento possa accrescere la dimensione media delle imprese manifatturiere italiane di circa il 10 per cento. A livello aggregato, uno studio recente ha valutato che una riduzione da 9 a 5 anni dei tempi di definizione delle procedure fallimentari possa generare un incremento di produttività dell’economia italiana dell’1,6 per cento. Una giustizia inefficiente peggiora le condizioni di finanziamento delle famiglie e delle imprese: il confronto tra province mostra che un aumento dei procedimenti pendenti di 10 casi per 1000 abitanti corrisponde a una riduzione del rapporto tra prestiti e Pil dell’1,5 per cento. Inoltre, alla durata dei processi più elevata si associa una minore partecipazione delle imprese alle catene globali del valore e una minore dimensione media delle imprese, quest’ultima una delle principali debolezze strutturali del nostro sistema*”.

In tale direzione, lo scenario complessivo lascia perplessi e rende attualissime le parole di quanti, per il centenario della Legge Crispi, autorevolmente osservavano come “*un secolo di dibattiti dottrinali, spesso vivaci e perfino acrimoniosi, e di applicazione giurisprudenziale, talvolta acritica ma più spesso consapevole, non è stato sufficiente per chiarire quale sia, e soprattutto come nelle situazioni le più disparate si atteggi, il criterio in base al quale le controversie tra privati e pubbliche amministrazioni vadano proposte dinanzi al giudice ordinario ovvero dinanzi al giudice amministrativo*”⁹⁰.

Del resto, i fraintendimenti tra Piazza Cavour e Palazzo Spada non sono nuovi, potendosi scorgere persino nei momenti di apparente concordia sui confini delle rispettive giurisdizioni.

Si pensi all’emblematica vicenda che interessò lo stesso celeberrimo concordato Romano-D’Amelio. I contatti giurisdizionali tra il Presidente del Consiglio di Stato Santi Romano e il Primo Presidente della Corte di Cassazione Mariano D’Amelio⁹¹ intercorsi nel 1929, portarono l’anno seguente a decisioni concordi delle due alte Corti in materia di riparto di giurisdizione⁹², a mezzo delle quali si individuava il criterio di riparto secondo la teoria del *petitum* e della *causa petendi*. Ma sin dall’inizio la concordia apparve più apparente che reale. Basti pensare che proprio le decisioni con cui il Consiglio di Stato aveva ritenuto di ratificare il concordato, furono cassate nel 1931 dalle Sezioni Unite⁹³.

L’episodio è sicuramente significativo e rivela le difficoltà intrinseche e senza tempo sottese a un sistema di riparto fondato sulla dicotomia diritto

⁹⁰ F.G. COCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549. L.A. poco dopo (p. 567) rileva lucidamente come “*Le strade seguite dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, per definire ciascuno la propria sfera di giurisdizione, continuavano a rimanere separate, nonostante l’apparente comune criterio di riparto concordato nel 1929-30*”.

⁹¹ M. D’AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, p. 181; M. D’AMELIO, *Il caso Laurens dopo quarant’anni di giurisprudenza*, in *Studi per Cammeo*, Padova, 1933, vol. I, p. 319; S. ROMANO, *Relazione al capo del Governo sull’attività del Consiglio di Stato nel biennio 1929-30*, Roma, 1930-31, p. 100.

⁹² Cfr. Ad. Plen., 14 giugno 1930, nn. 1 e 2; e Sez. Un., 15 luglio 1930, n. 2680.

⁹³ La decisione n. 1/1930 è stata cassata da Sez. Un., 25 novembre 1931, *Società anonima Terme stabiane c. Ministero dell’interno*, in *Giur. it.*, 1932, vol. I, 1, p. 33. La sentenza n. 2/1930 ha seguito la stessa sorte ad opera di Sez. Un., 30 novembre 1931, *Possenti c. Provincia di Roma e Ministero dell’Interno*, in *Giur. it.*, 1932, vol. I, 1, p. 33. Per più ampi riferimenti alla vicenda v. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D’Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1, p. 14; Id., *Il riparto di giurisdizione*, in AA. Vv., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, p. 169; F. G. COCA, *Riflessioni sui criteri*, cit., p. 551.

soggettivo/interesse legittimo⁹⁴. A ciò si unisce l'impossibilità di assicurare un riparto di giurisdizione maggiormente prevedibile, procedendo a una estensione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva nell'ottica dei c.d. blocchi di materie, impossibilità dovuta all'interpretazione fornita alla formula "*particolari materie*" dell'art. 103 Cost. dalle note sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Consulta.

La risposta all'insopprimibile esigenza di (tendenziale) certezza nella distribuzione delle liti tra giudice amministrativo e giudice ordinario non sembra dunque potersi rinvenire in modo pienamente appagante negli attuali meccanismi predisposti dal diritto positivo, specie per come interpretati nella prassi giurisprudenziale.

In questo scenario, allora, tornano di attualità proposte di riforma che vanno dall'istituzione di un tribunale dei conflitti⁹⁵, sul noto esempio

⁹⁴ Problema che non risulta affatto risolto dall'adesione a un determinato criterio di riparto (*petitum* formale, *causa petendi*, *petitum* sostanziale), in quanto tale adesione sposta il problema sul piano delle modalità concrete di distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Come osservato in dottrina, tra i fenomeni che incidono sulle regole di riparto, si pone proprio quello delle situazioni soggettive, apparendo diritto soggettivo e interesse legittimo "*sempre meno caratterizzati da differenze di tipo ontologico e sempre più legati, da una parte, alle modalità di esercizio del potere da parte dell'amministrazione e, dall'altra, alle diverse tecniche di tutela giurisdizionale*", così A. PAJNO, voce *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 4196. Com'è noto, la difficile distinzione tra giurisdizione sui diritti e giurisdizione sugli interessi fu tra i motivi che condussero Piero Calamandrei ad avanzare in sede di Assemblea Costituente una proposta volta al ritorno alla giurisdizione unica. Cfr. M. CLARICH, *Il dualismo*, cit., p. 219. Ai fini della distinzione tra le due situazioni giuridiche soggettive, pur risultando prevalente il criterio che distingue tra carenza e cattivo uso di potere (anch'esso fonte di non pochi equivoci), non mancano riferimenti ad altri criteri, specie a quello che muove dalla coppia discrezionalità/interesse legittimo – potere vincolato/diritto soggettivo. Con l'ulteriore *distinguo*, in riferimento al potere vincolato, tra vincolo posto nell'interesse pubblico (con conseguente configurabilità di un interesse legittimo) e vincolo posto nell'interesse del privato, rispetto al quale si rinverrebbe un diritto soggettivo. Un esempio di applicazione pratica della distinzione discrezionalità/vincolatezza è offerto da due recenti sentenze della Consulta (Corte cost. 20 febbraio 2020, n. 24 e 27 maggio 2020, n. 99) che, occupandosi della revoca della patente, riconoscono l'ammissibilità della questione di legittimità proposta dal g.a. e motivata "*non implausibilmente*" sul fatto che il suo accoglimento esplicherebbe effetti anche sulla giurisdizione. Il riconoscimento, ad opera dell'eventuale accoglimento della questione di costituzionalità, di margini di discrezionalità amministrativa in capo al Prefetto – è questa la tesi del giudice rimettente – renderebbe la posizione giuridica soggettiva incisa dalla revoca un interesse legittimo e non più un diritto soggettivo, con conseguente passaggio alla giurisdizione amministrativa. La Consulta ritiene tale argomento opinabile ma comunque idoneo "*ad escludere che nella specie la giurisdizione del giudice amministrativo possa ritenersi ictu oculi manifestamente insussistente*" (Corte cost. 20 febbraio 2020, n. 24, §2, v. anche Corte cost. 27 maggio 2020, n. 99, §2).

⁹⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla proposta di legge (A.C. 649) presentata il 22 maggio

francese del *Tribunal des conflits*, alla valorizzazione delle capacità orientative di raccomandazioni emesse da gruppi informali⁹⁶.

Molte di queste proposte risultano difficilmente implementabili a Costituzione invariata.

La revisione costituzionale potrebbe essere facilitata da un’adeguata

2018 dall’On.le Bartolozzi e altri, volta a conferire “*Delega al Governo per l’istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di cassazione*”. La proposta ha avuto un’accoglienza piuttosto critica. Per tutti, N. PAOLANTONIO, *Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa. Considerazioni a margine di un disegno di legge per l’istituzione di un tribunale supremo dei conflitti*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, p. 1235; A. TRAVI, *Considerazioni sulla proposta di legge per l’istituzione del Tribunale dei conflitti*, in *questionegiustizia.it*, 11 giugno 2019. Di tenore critico anche il parere 15 maggio 2019 (Pratica n. 6/PP/2019) del Consiglio Superiore della Magistratura, che conclude (p. 17) nel senso che la proposta di legge presenta “*criticità dal punto di vista ordinamentale e processuale difficilmente superabili. Assorbente e la considerazione che l’intervento proposto non appare attuabile senza una modifica delle norme costituzionali. Dovendo escludersi che il Tribunale superiore dei conflitti possa essere qualificato come sezione specializzata della Corte di Cassazione in ragione della non assoggettabilità di tutti i suoi componenti al governo autonomo consiliare ed ai poteri organizzativi e direttivi del Dirigente dell’Ufficio, l’accentramento in capo a tale organo dell’intera materia della giurisdizione appare quindi difficilmente conciliabile con il disposto degli artt. 102, co.2 e 111, co.8 Cost.*”. A favore dell’istituzione di un tribunale dei conflitti – previa modifica costituzionale – si sono espressi G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, p. 889 e, in part., p. 973 e R. VILLATA, “*Lunga marcia*” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“*dimenticando*” l’art. 103 della Costituzione)?, in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 483 e, in part., p. 515. La proposta non è nuova: fu avanzata anche da Lodovico Mortara nel lontano 1899. Cfr. L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1899, p. 241. Successivamente si v. anche F. LONGO, *Proposte per una riforma del supremo organo giurisdizionale regolatore del riparto delle giurisdizioni e delle questioni di attribuzione giurisprudenziali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, p. 1315.

⁹⁶ In questi termini M. CLARICH, *Il dualismo*, cit., p. 231: “*Tra le soluzioni, pur imperfette e non risolutive, si potrebbe anche immaginare che, al di fuori del contesto formale di una controversia sottoposta al loro esame, la Corte di cassazione si faccia carico di esprimere orientamenti in via preventiva su possibili questioni interpretative generali relative al riparto di giurisdizione traendo ispirazione da una tecnica adottata dalle amministrazioni pubbliche in Germania che va sotto il nome di ‘antizipierte Verwaltungspraxis’. In base a questa tecnica, utilizzata allo scopo di promuovere la certezza e la prevedibilità delle decisioni nei casi singoli, le pubbliche amministrazioni elaborano e comunicano all’esterno le prassi interpretative che intendono adottare in relazione a nuove leggi e regolamenti. Un qualche gruppo di lavoro informale al massimo livello, eventualmente integrato da componenti esterne, potrebbe cioè proporre, in modo non vincolante per i giudici ordinari e amministrativi e neppure per le stesse Sezioni unite, soluzioni interpretative, almeno nei casi più rilevanti, man mano che sorge l’esigenza di un chiarimento in seguito a mutamenti legislativi o a casi particolarmente significativi che iniziano a essere posti all’attenzione dei giudici di merito*”.

considerazione dell'intrinseca storicità del modello di giustizia amministrativa confluito nella Carta del 1948.

Il modello dualista recepito dalla Costituzione ha difatti un'origine storica ben precisa che, inevitabilmente, ne ha condizionato l'assetto. Tale origine non può non essere tenuta in considerazione quando ci si ponga in una prospettiva di superamento dell'assetto attuale.

A tal fine non è fuor d'opera ricordare che a seguito della scelta abolitrice del 1865 si pose un problema non già di riparto di giurisdizione – per l'evidente ragione che la legge di abolizione del contenzioso aveva quale premessa logica e ideologica l'unicità della giurisdizione – quanto di attribuzione: la decisione sui conflitti, dapprima attribuita al Consiglio di Stato e poi affidata nel 1877 alla Corte di Cassazione di Roma⁹⁷, aveva quindi una consistenza costituzionale, involgente il tema della separazione dei poteri.

Istituita la IV Sezione e lentamente riconosciuta la sua natura giurisdizionale, i conflitti di attribuzione assunsero l'attuale fisionomia di conflitti tra giudici. Del resto, la tematica del riparto tra giudice ordinario e amministrativo è *“influenzata dal processo di omologazione delle giurisdizioni e dei processi, e tende, adesso, a porsi, non come uno spartiacque fra due mondi, ma come una linea, spesso assai mobile, di confine tra due segmenti di una medesima vicenda di tutela: dal riparto delle giurisdizioni si passa, progressivamente, al riparto della giurisdizione”*⁹⁸.

La scelta del 1877, fondata su un principio basilare dello Stato di diritto, quale quello di separazione dei poteri, è stata recepita nell'attuale formulazione dell'art. 111, comma 8, Cost. in un contesto istituzionale e costituzionale profondamente diverso ma comunque storicamente influenzato dal precedente⁹⁹. Le Sezioni Unite della Cassazione, oggi, non sono più chiamate a delineare le sfere attributive di due poteri¹⁰⁰, quanto a decidere quale sia il plesso giurisdizionale, facente parte di uno stesso

⁹⁷ Com'è noto, il Consiglio di Stato interpretò molto restrittivamente gli spazi della giurisdizione ordinaria in favore dell'amministrazione. A ciò si aggiunse un certo atteggiamento di *judicial deference* da parte del giudice ordinario, parco nell'esercizio dei poteri che la legge di abolizione gli conferiva. Ma l'affidamento della risoluzione dei conflitti alla Cassazione di Roma nel 1877 non fece progredire di molto gli spazi di tutela. Anche la Cassazione, infatti, si dimostrò in un primo momento piuttosto restia a risolvere i conflitti in favore dell'a.g.o.

⁹⁸ A. PAJNO, voce *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 4197.

⁹⁹ E non potrebbe che essere così. La giurisdizione, infatti, *“non è una creatura metastorica”*, rappresentando *“il risultato delle circostanze particolari nelle quali opera in concreto la razionalità umana”*, così N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., p. 155.

¹⁰⁰ Ruolo oggi riconosciuto dall'art. 134 Cost. alla Consulta.

sistema funzionale, seppur organicamente separato, chiamato a erogare la tutela richiesta. Esse, dunque, non assicurano più il rispetto della divisione dei poteri, dovendo al contrario (auspicabilmente) assicurare l’efficiente erogazione di un servizio pubblico essenziale¹⁰¹.

¹⁰¹ Se a ciò si aggiunge l’evidente sdrammatizzazione dell’erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione grazie all’istituto della *translatio iudicii*, forse il passo veramente più coraggioso da compiere – una volta che si sia messo mano all’assetto costituzionale del riparto – sarebbe quello di riconsiderare in termini meno gravosi il trattamento processuale del difetto relativo di giurisdizione. Com’è noto, la *translatio iudicii* è stata dapprima riconosciuta per via pretoria (cfr. Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109; Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77) e poi codificata in termini generali nell’art. 59, legge 18 giugno 2009, n. 69 e, con specifico riferimento al processo amministrativo, nell’art. 11 c.p.a.