



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

MONOGRAFIA
redatta da Giovanni Tulumello *

**LE SEZIONI UNITE E IL DANNO DA AFFIDAMENTO
PROCEDIMENTALE**

1. La sentenza n. n. 8236 del 2020 delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione enuclea una nuova categoria di danno risarcibile nell'area dei pregiudizi ricollegabili all'esercizio della funzione amministrativa.

Finora si riteneva, in materia di attività c.d. autoritativa della pubblica amministrazione, che veicolo di lesione di una situazione giuridica soggettiva qualificata potesse essere il provvedimento amministrativo che nega il bene della vita (e che venga riconosciuto illegittimo: Cass., sentenza n. 500/1999; che in realtà ha solo esteso agli interessi legittimi pretensivi quanto già la giurisprudenza riconosceva in relazione agli interessi oppositivi); oppure il provvedimento amministrativo ampliativo, che venga successivamente annullato in autotutela o in sede giurisdizionale sempre in quanto illegittimo (ordinanze nn. 6594, 6595 e 6595 del 2011).

Ora le Sezioni Unite, con la sentenza in commento, individuano una terza tipologia di pregiudizio: il danno all'affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell'amministrazione (la quale si sia poi determinata in senso sfavorevole), indipendentemente da ogni connessione con l'invalidità provvedimentoale (o, come si precisa, dalla stessa esistenza di un provvedimento).

* Consigliere di Stato, Componente dell'Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa. Le opinioni espresse non impegnano l'Istituto di appartenenza.

La sentenza è stata resa sul riparto di giurisdizione: ma afferma principi di diritto sostanziale, specie in punto di qualificazione della domanda (e di risarcibilità del pregiudizio), piuttosto importanti sul piano quanto meno delle categorie.

La lettura della stessa va dunque condotta sia sul terreno della compatibilità teorica della nuova affermazione di principio; sia sul piano dell'efficacia della tutela come ricostruita: di regola infatti la prefigurazione di scenari rimediali (fino ad allora) inediti amplia l'effettività della protezione dei diritti e degli interessi implicati.

2. Un'impresa domanda ad un Comune il provvedimento che consenta di realizzare un complesso alberghiero su un terreno di sua proprietà.

Secondo i principi dell'amministrazione partecipata che informano la (disciplina del) procedimento amministrativo (specie in materia urbanistica), privato e amministrazione dialogano nel procedimento (durato circa quattro anni): il primo adattando anche la propria istanza alle osservazioni della seconda.

Infine il Comune, anche sulla scorta delle osservazioni regionali, adotta una variante urbanistica che l'impresa non ritiene soddisfacente, perché a suo dire eccessivamente restrittiva quanto a facoltà edificatorie.

Non è dato comprendere, dallo svolgimento del processo, se l'impresa abbia impugnato alcuno dei provvedimenti amministrativi (comunali o regionali) innegabilmente lesivi: parrebbe di no; nondimeno ha proposto azione risarcitoria davanti al giudice civile lamentando la violazione dei termini procedurali ed il comportamento "ondivago" del Comune.

Ne nasce una questione di riparto di giurisdizione: con l'amministrazione convenuta che ritiene che la controversia debba essere devoluta alla cognizione del giudice amministrativo, dovendosi qualificare la fattispecie o come danno da ritardo per violazione dei termini procedurali [rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art. 133, comma 1, lett. a) n. 1 cod. proc. amm.*]; ovvero come danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa in materia edilizia ed urbanistica

[rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art. 133, comma 1, lett. f), cod. proc. amm.*].

3. Tale duplice qualificazione – prospettata in via alternativa – non sembrava potesse dare adito ad ulteriori tentativi di (diversa) categorizzazione.

Tanto che il Procuratore Generale aveva concluso *“per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, negando che i principi espressi nella menzionata ordinanza n. 6594/2011 (e nelle coeve ordinanze nn. 6595/2011 e 6596/2011) siano applicabili nella fattispecie. Tali principi, argomenta il Procuratore Generale, postulano l'esistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, sulla cui legittimità il medesimo privato abbia fatto affidamento e che successivamente sia stato caducato, in via di autotutela o in sede giurisdizionale; detto provvedimento ampliativo, nella specie, non sarebbe mai stato emesso, non avendo il Comune mai rilasciato alcun permesso di costruire alla società De Candido Costruzioni?”*.

4. Le Sezioni Unite si sono però mostrate di contrario avviso, ed hanno invece ritenuto che la fattispecie dovesse essere qualificata diversamente: *“La pretesa risarcitoria dedotta nel presente giudizio dalla società De Candido Costruzioni, tuttavia, ha ad oggetto un danno che, nella prospettazione della società attrice, non è stato causato da "atti" o "provvedimenti" dell'amministrazione municipale, bensì dal comportamento da questa tenuto nella conduzione dei rapporti tra i propri uffici e la stessa società, tale da ingenerare in quest'ultima un incolpevole affidamento nel rilascio del permesso, poi deluso dal diniego finale (del quale non viene messa in discussione la legittimità). Un danno, cioè, da comportamento e non da provvedimento”*.

Si afferma, dunque, la (astratta) predicabilità di un illecito (risarcibile) commesso dall'amministrazione con il proprio comportamento, sfociato in un provvedimento (negativo) la cui legittimità non viene posta in discussione.

Così descritta, la fattispecie evoca quella del danno precontrattuale: vale a dire la materia della tutela risarcitoria dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili (la stessa motivazione richiama in proposito l'art. 1337 fra le disposizioni che costituirebbero il fondamento del dovere di correttezza procedimentale dell'amministrazione).

Dopo un analitico tentativo di superamento delle obiezioni teoriche mosse alla costruzione su cui poggiano le ordinanze gemelle del 2011, la sentenza afferma la riconducibilità anche di tale fattispecie al medesimo modello: *“i principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 valgono 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 amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell'amministrazione. In questo caso, infatti, i detti principi valgono con maggior forza, perché, l'amministrazione non ha posto in essere alcun atto di esercizio del potere amministrativo; il rapporto tra la stessa ed il privato si gioca, allora, interamente sul piano del comportamento (quella "dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato" a cui si è fatto riferimento nell'ultima parte del paragrafo 27.1), nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo”*.

In punto di affidamento rilevante, le Sezioni Unite chiariscono quindi che *“la nozione di affidamento che rileva nella prospettiva delle suddette pronunce non è quella, generalmente definita come "affidamento legittimo" (...), ma “è una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buone fede”*.

Segue il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario, e in particolare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla tutela del principio del *legittimo* affidamento.

5. La prima condizione da verificare è se sia compatibile con il sistema l'affermazione di una responsabilità della pubblica amministrazione per fatto illecito del tutto svincolata dall'agire in via provvedimentoale.

La risposta positiva al quesito è stata data dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 5 del 2018, ma limitatamente all'attività negoziale; tanto che quando tale decisione si riferisce all'attività autoritativa, si riferisce alla fase del procedimento di evidenza pubblica antecedente l'individuazione del possibile contraente: il quesito posto

dalla sezione rimettente era infatti volto a chiarire “*Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione*”¹.

Le Sezioni Unite più volte richiamano questa sentenza nella parte relativa alla rilevanza anche per l'amministrazione degli obblighi privatistici, nonché nella parte in cui afferma la natura comportamentale e non attizia della condotta lesiva: ma omettono di precisare che le affermazioni della Plenaria riguardanti l'attività autoritativa concernono, appunto, il procedimento di evidenza pubblica, vale a dire la fase delle trattative prenegoziali funzionali alla individuazione del soggetto con cui stipulare il contratto.

Nel caso deciso dalla sentenza in commento si era invece in presenza di attività funzionale estranea alla materia contrattuale.

L'ambito materiale è determinante in punto di utilizzabilità dell'argomentazione, in quanto ha condizionato la stessa motivazione della decisione della Plenaria: la situazione giuridica soggettiva tutelata era in quel caso il “*diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali*”, tanto che il pregiudizio rilevante è stato coerentemente individuato nelle “*perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate*”.

In un simile contesto, secondo la Plenaria, può dunque predicarsi un affidamento (legittimo) del privato, e una condotta dell'amministrazione lesiva dello stesso in quanto contraria a buona fede e correttezza, fonte di responsabilità per fatto illecito

¹ Il problema nasceva infatti dall'indirizzo giurisprudenziale, che la Plenaria non ha condiviso, secondo cui “*la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e, quindi, non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase; perciò la responsabilità precontrattuale non sarebbe configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della Pubblica amministrazione*” (così il punto 13 della motivazione in fatto). Esaminando il fatto della sentenza emerge dunque piuttosto chiaramente che non fosse in discussione né la predicabilità della responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione, e nemmeno la sua configurabilità nella fase precedente la stipula del contratto ma successiva all'individuazione del possibile contraente. E, soprattutto, che la materia devoluta non fosse in alcun modo l'attività autoritativa della P.A. estranea alle trattative prenegoziali.

indipendentemente dall'adozione di provvedimenti (o addirittura “*nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento*”).

Al di fuori della materia negoziale la giurisprudenza amministrativa, anche successiva alla decisione da ultimo richiamata, nell'applicare la regola della responsabilità da lesione dell'affidamento per “*contrasto con i canoni di correttezza e buona fede sanciti dall'art. 1337 c.c.*” all'attività autoritativa non preordinata alla conclusione di un contratto, ha viceversa pur sempre ancorato l'individuazione del comportamento affidante all'adozione di un provvedimento.²

6. Beninteso: che l'amministrazione debba comportarsi – in conseguenza del contatto sociale qualificato costituito dal procedimento - secondo buona fede, non è affermazione nuova, né eccentrica.

A seguito della modifica dell'art. 1, primo comma, della legge n. 241 del 1990 operata dalla legge 15/2005, che ha indicato i “*principi dell'ordinamento comunitario*” fra i canoni cui deve uniformarsi l'attività amministrativa, il rinvio a tali principi, e fra essi a quello di affidamento (legittimo), è normativamente divenuto un vero e proprio parametro di legittimità dell'attività amministrativa, rilevante in sede di scrutinio del provvedimento adottato.³

² Consiglio di Stato, sez. II, sentenza 7246/2019, in *giustamm.it*, n. 11/2019, con nota di G. SERRA, *Illegittimità di provvedimento amministrativo favorevole: profili di tutela dell'affidamento del destinatario*.

Anche in dottrina gli esempi di risarcibilità estranei alla materia negoziale sembrano comunque ricondotti ad affidamenti scaturiti da provvedimenti (così, per l'annullamento d'ufficio, F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3/2018, pagg. 823 e segg.).

³ “Completano il quadro il principio dell'affidamento, che esprime l'obbligo di correttezza e buona fede nel quadro dei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione, e il principio di continuità. Riconducibile alla matrice costituzionale, ed in particolare al principio di imparzialità, oggetto di numerose decisioni del giudice comunitario al quale si deve la sua importazione in altri ordinamenti, il principio di affidamento esprime l'esigenza di tutelare, all'interno dell'azione amministrativa, gli interessi privati coinvolti soprattutto quando alcun elemento (si pensi a precedenti comportamenti dell'amministrazione), o all'emanazione di direttive o circolari), abbiano ingenerato nel privato un (legittimo) affidamento ad una determinata regolamentazione dei propri interessi da consacrare (ma in concreto non espressa) nel provvedimento amministrativo” (A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, III ed., Torino 2014, pag. 208).

Occorre però chiedersi quale sia l'affidamento tutelato, e se, al di fuori dell'attività (prodromica a quella) negoziale, vi sia uno spazio rimediabile ulteriore ed autonomo per l'ipotesi di sua lesione.⁴

6.1. Quanto al primo profilo, la funzione rimediabile del risarcimento non può affrancarsi del tutto dalla preliminare qualificazione della situazione giuridica soggettiva protetta, in termini di coerenza sistematica.⁵

Il principio di affidamento rilevante in diritto amministrativo per effetto del rinvio operato dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 alla giurisprudenza comunitaria, è *“l'affidamento consolidatosi – dopo un certo periodo di tempo – in capo al privato come conseguenza di un atto favorevole (...)”*.⁶

La stessa sentenza n. 5/2018 dell'Adunanza Plenaria ha chiarito che il primo elemento della fattispecie di responsabilità per lesione (a-provvedimentale) dell'affidamento è il fatto che *“il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli*

⁴ L'affermazione contenuta nella sentenza n. 5/2018 dell'Adunanza Plenaria (punto 44), secondo la quale *“i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato”* conferma quanto sostenuto nel testo, in quanto non implica che al di fuori da tale materia il rimedio sia quello risarcitorio (se non nei casi previsti dalla legge). Mentre la precedente, analoga argomentazione riportata ai punti 32 e ss. ha riguardo a fattispecie extraneoziali nelle quali l'affidamento derivava pur sempre da un provvedimento.

⁵ *“Nell'impostazione civilistica il risarcimento del danno è un diritto autonomo dalla situazione soggettiva lesa, pur evidentemente presupponendola; è un approccio di tipo dogmatico, di derivazione pandettistica, alla base della codificazione quanto meno del 1942. E tale impostazione ben si sposa con l'autonomia del diritto di azione accolta dalla dottrina processualcivilistica, anche se nella stessa non mancano voci (penso soprattutto ad Adolfo Di Majo) che evidenziano il carattere “rimediabile”, o direi strumentale, dell'azione risarcitoria come strumento di tutela e di riparazione per una situazione sostanziale lesa dal comportamento illecito. Per la verità quello che ho detto –e che però si diceva- non è del tutto vero: l'atipicità dell'illecito, a ben vedere in concreto, “crea” la situazione soggettiva esattamente mentre (le riconosce la) tutela. Ma fatto sta che i civilisti hanno sempre mantenuto ferma la sequenza diritto-situazione soggettiva- lesione e conseguente danno. E tale sequenza è mantenuta dalla 500 nel momento in cui riconosce tutela risarcitoria anche all'interesse legittimo”* (F. PATRONI GRIFFI, *A 20 anni dalla sentenza n. 500-1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*, Presentazione del convegno svoltosi a palazzo Spada il 16 dicembre 2019, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁶ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXI ed., Milano, 2019, p. 389.

*abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose)"*⁷.

Ipotizzare che un privato possa riporre affidamento (nell'accoglimento della pretesa) in un atteggiamento procedimentale benevolo o collaborativo dell'amministrazione, significa ridurre il procedimento amministrativo ad un'attività relazionale a forma libera, in contrasto con la sua disciplina (sul punto si avrà peraltro modo di tornare); e significa soprattutto trascurare che la stessa teorica civilistica dell'affidamento esige una diligenza nell'affidarsi all'altrui comportamento,⁸ che in campo di attività amministrativa non può non essere condizionata dal dato – obiettivo – del regime giuridico dell'attività.

Anche ammettendo la esportabilità di tale costruzione al di fuori della materia negoziale, già sul piano strutturale, e prescindendo dunque dalla singola fattispecie concreta, l'elemento indicato non pare configurabile per il sol fatto del comportamento dell'amministrazione in sede procedimentale (consistito in condotte di segno contrario all'accoglimento della pretesa): atteso che il momento di verifica dell'affidamento incolpevole del privato, specie in un contesto di amministrazione (necessariamente)

⁷ La stessa "*ragione politica*" della protezione dell'affidamento è individuata nella necessità di tutelare "l'interesse di un certo soggetto, a che l'effetto delle situazioni giuridiche e di fatto si produca sempre e solo quando egli conosce, o quando egli erroneamente immagina come esistenti, tali situazioni giuridiche e di fatto, o, in subordine, quando gli è stato possibile conoscere il vero stato delle cose mediante opportuni indici esterni, e mediante la propria diligenza" (R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc dir.*, vol. I, Milano, 1958).

⁸ "La rilevanza del principio di autoresponsabilità si collega, a sua volta, al tipo di tutela che il diritto privato accorda all'affidamento deluso: il risarcimento del danno conseguente alle decisioni che il soggetto interessato ha assunto, confidando che le attese suscitate da altri si realizzeranno. L'affidamento, o meglio il comportamento altrui che lo ha generato, è configurato dunque come causa determinante delle decisioni dannose, e per questa ragione la tutela dell'affidamento entra in conflitto con il principio generale secondo il quale ciascuno è responsabile delle proprie azioni (e omissioni), e se ne assume il rischio. La composizione del contrasto tra i due principi si realizza attraverso l'elemento soggettivo, posto come elemento costitutivo dell'affidamento tutelabile: la fiducia non esenta il potenziale danneggiato dall'ordinaria diligenza nel regolare la propria condotta. Potremmo dire che l'efficacia causale della condotta altrui nella produzione del danno è subordinata all'attitudine di tale condotta a indurre una persona diligente ad assumere le decisioni che si riveleranno dannose: se quell'attitudine sussiste, il danno diviene direttamente riconducibile alla condotta in questione, "idoneità della condotta e giustificazione dell'affidamento essendo le due facce della stessa medaglia" (F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit.).

partecipata, pare difficilmente dissociabile dallo scrutinio della fondatezza della pretesa o quanto meno dalla (consapevolezza della) c.d. spettanza del bene della vita.

Il procedimento amministrativo è la sede in cui l'amministrazione acquisisce fatti ed interessi ai fini della pronuncia sull'istanza del privato.

Un atteggiamento collaborativo dell'amministrazione, che prospetti profili di accoglibilità della pretesa, la quale poi risulti illegittima (secondo l'incontestato provvedimento finale), non può fondare un affidamento legittimo del privato; per la semplice ragione che questo può radicarsi solo in relazione alla conformità al parametro normativo della relativa pretesa, che è un dato – obiettivo - che esula dall'elemento strettamente volontaristico (proprio della materia negoziale e in genere dei rapporti fra privati), e che come tale non può costituire oggetto di una diligente aspettativa per il sol fatto della collaborazione procedimentale: *“Nelle relazioni che si instaurano tra il singolo e l'autorità amministrativa le cose si presentano in modo diverso. Il regime giuridico dell'attività svolta dalla parte pubblica tendenzialmente esclude la rilevanza di comportamenti che non si manifestino in atti formali, e questi ultimi sono valutati secondo i parametri della legittimità. I parametri anzidetti sono bensì ricavabili anche da principi generali (proporzionalità, ragionevolezza), che permettono di adattare la regola alle circostanze del caso, ma si tratta di principi connotati in senso obiettivo, che non danno spazio alla valutazione dei fattori di ordine personale che sono spesso determinanti per l'insorgere dell'affidamento “incolpevole” nei rapporti tra i privati. È significativo che nel linguaggio amministrativistico l'affidamento tutelato nell'ambito del rapporto amministrativo è l'affidamento “legittimo”, non l'affidamento “incolpevole”*”⁹.

A ciò si aggiunga che, proprio in materia urbanistica, il ruolo procedimentale del privato è preponderante, mentre la discrezionalità dell'amministrazione è ridotta alla verifica della conformità del progetto al piano: normalmente il fatto entra nel procedimento per come veicolato dal privato, il quale conosce anche il parametro pianificatorio di scrutinio della conformità (e, dunque, dell'assentibilità) della propria pretesa (tanto che nel caso di specie tale pretesa era in partenza così contraria alla disciplina

⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit.

urbanistica, che il Comune per venire incontro alle ragioni del privato ha dovuto ipotizzare una modifica della disciplina di piano, prima di arrendersi definitivamente davanti ai rilievi regionali)¹⁰.

Si dirà che tutto questo riguarda il merito.

Ma, a parte il possibile effetto di alimentazione di nuovi filoni di contenzioso riconducibile ad una così autorevole teorizzazione, la qualificazione della domanda non può prescindere dalla fattispecie concreta: e, soprattutto, dalla ricognizione, in punto di qualificazione della condotta dell'amministrazione (che le Sezioni Unite ritengono elemento centrale), dei rapporti fra procedimento e provvedimento amministrativo.

Anche affermare che il privato non sarebbe stato leso in questa fattispecie da un provvedimento amministrativo è discutibile, perché l'interesse del privato in questa vicenda è stato pregiudicato (legittimamente) proprio dal provvedimento terminale non impugnato: il procedimento non avrebbe potuto avere altro esito provvedimentale, e all'amministrazione può essere addebitato di aver deviato dal canone di buona fede per aver perso tempo (per cercare di venire incontro alle ragioni dell'interessato) nel determinarsi negativamente, ma non già per aver mostrato di voler agire diversamente, non avendolo poi potuto fare per contrasto con la pianificazione di livello superiore.¹¹

6.2. Il secondo profilo d'indagine attiene alle conseguenze giuridiche della violazione di tale obbligo, oltre la prospettiva di tutela legata al rilievo della deviazione dal parametro

¹⁰ “Il collegamento tra l'obbligo di correttezza di una parte e l'onere di diligenza dell'altra parte trascurato dal giudice amministrativo. In un precedente spesso citato adesivamente dalla giurisprudenza, il Consiglio di Stato rileva l'evidente erroneità del progetto posto a base della gara e, avendo ravvisato la negligenza dell'amministrazione, condanna quest'ultima a risarcire il danno da affidamento. Non vengono tratte conseguenze dalla condotta dell'impresa che affronta il rischio di partecipare ad una gara destinata a svolgersi sulla base di atti inficiati da gravi errori di fatto, riconoscibili e riconosciuti dall'impresa stessa” (F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit.).

¹¹ Già sul piano della teoria generale, R. SACCO (voce *Affidamento*, cit.), evidenziava infatti che “*In relazione a quelle particolari norme protettive dell'affidamento, che tutelano la buona fede, si soleva affermare, un tempo, che la tutela è giustificata come premio alla onestà e probità del soggetto in buona fede. Anche questa spiegazione è puerile: il soggetto in buona fede tiene un comportamento moralmente piatto e insignificante, con il movente di concludere un buon affare: di per sé, la sua onestà non giustificerebbe ancora il pesante sacrificio imposto ad un controinteressato non meno onesto e probato di lui?*”.

legale di correttezza e buona fede in sede di scrutinio dell'assetto di interessi posto dal provvedimento.

In punto di individuazione della natura della responsabilità, le Sezioni Unite qualificano la fattispecie dedotta come ipotesi di “*responsabilità da contatto sociale qualificato*”: aggiungendo, poche righe dopo, che il danno “*consegue non alla violazione di un dovere di prestazione ma alla violazione di un dovere di protezione, il quale sorge non da un contratto ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione ed il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima*”.

Chi scrive aveva auspicato un simile esito qualificatorio in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione, che si affrancasse da frettolose conclusioni “aquiliane”.¹²

Deve però trattarsi, pur sempre, di responsabilità per un fatto non lecito.

La condotta dell'amministrazione, che prospetti (o anche solo che non smentisca) soluzioni favorevoli poi non accolte nel provvedimento finale, per potere essere qualificata come fonte di autonoma fattispecie di danno (rispetto al danno da violazione del termine procedimentale), deve cioè pur sempre possedere il connotato dell'antigiuridicità (secondo la tesi aquiliana), ovvero deve porsi in violazione di uno specifico dovere derivante dal contatto sociale (secondo la tesi contrattuale).

In relazione alla verifica di tale presupposto, è compatibile l'affermazione di una responsabilità per fatto illecito procedimentale (da lesione dell'affidamento) con la disciplina positiva dell'attività lesiva (il procedimento amministrativo)?

La dottrina ha infatti chiarito, con profondità di argomenti, che il canone di correttezza e buona fede è (non può che essere) declinato, in questa materia, secondo le

¹² G. TULUMELLO, *Il giudice amministrativo, e le categorie del diritto civile (a proposito del risarcimento del danno)*, in *giustamm.it*, n. 10/2012, cui si rinvia anche per i riferimenti ivi citati.

Nello stesso senso V. NERI, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a venti anni dalla sua pubblicazione*, in *Urb. e app.*, n. 5/2019, pagg. 610 e ss.

regole contenute nella disciplina del procedimento amministrativo:¹³ ed è pertanto con queste che va confrontata la compatibilità della costruzione in esame.

Per sostenere, nella fattispecie in esame, una deviazione da tale canone occorre quanto meno escludere che l'atteggiamento ondivago dell'amministrazione sia consentito dalla disciplina del procedimento.

In materia di attività autoritativa non precontrattuale sembra infatti difficilmente predicabile un affidamento – meritevole di tutela – indotto (non dal ritardo procedimentale, ma) dal comportamento collaborativo (non perfezionatosi in un provvedimento) dell'amministrazione.

Si tenga presente che la disciplina del procedimento amministrativo fa obbligo all'amministrazione, fra l'altro, di assumere un atteggiamento non “difensivo” e di chiusura rispetto alle tesi e le istanze del privato [art. 10, comma 1, lett. *b*), legge n. 241 del 1990].

La stessa disciplina positiva prevede inoltre precise modalità di espressione dell'avviso dell'amministrazione nel procedimento: l'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 regola infatti le forme attraverso le quali deve essere declinato il principio di correttezza procedimentale in punto di formalizzazione dell'intenzione provvedimentale, imponendo la previa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato.

La violazione di questa disposizione ha precise conseguenze sul piano delle regole di validità, più che sul terreno delle regole di responsabilità.

¹³ “L'acquisita idea della pluriqualificazione consente di ritenere che le norme procedurali, se da un lato sono poste per garantire il corretto confronto tra gli interessi ed incidono sulla legittimità del provvedimento, dall'altro costituiscono obblighi autonomi di correttezza. Le norme sul procedimento avrebbero, perciò, la duplice funzione di garantire la tutela del bene materiale e contemporaneamente l'adeguato e corretto svolgimento procedimentale, indipendentemente dal bene materiale voluto dal soggetto. Si ha così conferma che la violazione degli obblighi di correttezza, non dando luogo sempre e comunque ad invalidità provvedimentali, è una situazione autonoma” (A. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedere al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*”, in *Dir. Amm.vo*, 2016, pagg. 93 e segg.).

Ma, anche ove si intendesse rispondere affermativamente al quesito inerente la (necessaria) qualificazione come *non iure* del mutar d'avviso, la conseguenza non sarebbe comunque il risarcimento del danno.¹⁴

7. Valga anzitutto un argomento *per differentiam*.

La collaborazione fra privato e amministrazione può addirittura concretizzarsi nella conclusione di un accordo endoprocedimentale “*al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale*” (art. 11, comma 1, legge n. 241 del 1990).

In tal caso ove l'amministrazione, per sopravvenuti motivi d'interesse pubblico, assuma un atteggiamento “ondivago”, disattendendo il contenuto dell'accordo, deve “*provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato*” (art. 11, comma 4).

Il recesso dell'amministrazione dall'accordo configura pertanto - per valutazione normativa che evidentemente (e non irragionevolmente) attribuisce all'accordo procedimentale un affidamento qualificato – una fattispecie di responsabilità da atto lecito.

Nel caso esaminato dalla sentenza in commento invece un *quid minus* (vale a dire un contatto procedimentale che ha prodotto un atteggiamento aperturista neppure inquadrabile in una forma di accordo sul contenuto del provvedimento finale) genererebbe un affidamento tutelato sul piano risarcitorio.

Si tenga poi presente che l'indennizzo per la revoca (art. 21-*quinquies* legge n. 241/1990) copre (tranne che nell'ipotesi di provvedimenti amministrativi incidenti su rapporti negoziali) sia il danno emergente che il lucro cessante: si tratta, com'è evidente, di un forte argomento, offerto dal diritto positivo, che chiude la risalente dialettica fra una

¹⁴ In dottrina F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 1195 e segg, chiarisce perché mentre nel caso di lesione dell'affidamento generato da un provvedimento poi annullato si sia in presenza di un'ipotesi di responsabilità aquiliana, viceversa l'affidamento ingenerato da un precedente comportamento dell'amministrazione comporta di regola un obbligo di indennizzo: “*non si tratta di responsabilità ma di ablazione di un bene (quello determinato dall'affidamento), che nel nostro ordinamento, che ignora la c.d. clausola congiuntiva ablazione-indennizzo, comporta un indennizzo solo se espressamente previsto dalla legge o dall'incostituzionalità della legge che non lo prevede, se si riesce a far rientrare il bene nel diritto di proprietà tutelato dall'art. 42 Cost.*”.

nota dottrina,¹⁵ secondo la quale il diritto all'indennizzo – che avrebbe in comune con il risarcimento del danno una funzione compensativa del pregiudizio arrecato - sorge per effetto della “conversione” del diritto sacrificato nel suo equivalente economico (comprensivo, dunque, tanto del danno emergente che del lucro cessante), e la altrettanto nota tesi, dalla prima contestata, secondo la quale, invece, l'indennizzo coprirebbe il solo danno emergente e non anche il lucro cessante.¹⁶

La struttura dello strumento compensativo è dunque identica: mutano però i presupposti in termini di liceità dell'*agere* (tanto che, in materia di attività autoritativa, la revoca del provvedimento favorevole genera una responsabilità da atto lecito se legittima, mentre dà luogo ad una fattispecie d'illecito se illegittima)¹⁷.

8. Anche colui che avanzi una pretesa illegittima vanta certamente un diritto a che l'amministrazione si comporti nel procedimento secondo buona fede: ma i rimedi al danno da procedimento inutilmente lungo sono già scolpiti nell'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990, mentre l'atteggiamento “ondivago” in sé non rappresenta una ulteriore forma di deviazione dal canone della correttezza, essendo del tutto *iure* (in quanto conforme al paradigma normativo che regola il procedimento amministrativo) che l'amministrazione ponga in essere condotte suscettibili di suscitare aspettative non riscontrate nel provvedimento finale.

In argomento è d'obbligo il richiamo alla più volte evocata – per affinità (ma non identità) d'oggetto - sentenza n. 5/2018 dell'Adunanza Plenaria: questa infatti, dopo aver

¹⁵ G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, in specie p. 170.

¹⁶ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, vol. I, p. 429.

¹⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 689 del 2012: “costituisce *jus receptum* nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato il principio per cui a fini classificatori e dogmatici "l'indennizzo, previsto dall'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990 introdotto dalla l. n. 15 del 2005, nel caso di revoca del provvedimento amministrativo "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario" non può confondersi con il risarcimento del danno."(Consiglio Stato, sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4138). I detti titoli di "responsabilità", pertanto, devono essere tenuti nettamente distinti, in quanto" la legittimità della revoca è il presupposto del diritto all'indennizzo, previsto dall'art. 21 quinquies l. n. 241/1990, atteso che il risarcimento del danno da responsabilità civile dell'amministrazione si fonda sul diverso presupposto della illegittimità del provvedimento."(Consiglio Stato, sez. V, 06 ottobre 2010, n. 7334).”

posto opportunamente in risalto la funzione rimediabile della disposizione da ultimo richiamata, e la rilevanza della violazione del termine procedimentale come deviazione dal canone di correttezza e buona fede,¹⁸ precisa che essa tipizza “*uno specifico caso di scorrettezza procedimentale (il ritardo)*”, ed afferma – contrariamente alle Sezioni Unite - la natura aquiliana della relativa responsabilità [“*l’inosservanza del termine (comportamento oggettivamente scorretto) è fonte di responsabilità solo se ne risulti il carattere doloso e colposo. È evidente, in tale previsione normativa, il richiamo all’art. 2043 c.c. e al relativo regime probatorio*”].

Prescindendo da tale ultimo profilo viene da chiedersi se al di fuori della materia negoziale, alla luce proprio della disciplina del procedimento, la tipizzazione suddetta non sia – con riferimento al danno da scorrettezza (meramente) procedimentale dell’amministrazione -piuttosto esaustiva: dovendosi poi differenziarne e declinarne le forme di manifestazione in funzione del concreto procedimento e dell’elemento soggettivo di entrambe le parti; e, non ultimo, dell’assolvimento da parte del danneggiato dell’onere posto dall’art. 1227, primo e secondo comma, del codice civile.

L’area del danno rilevante nella concreta fattispecie dedotta sembra ricadere, in altre parole (anche alla luce delle chiare indicazioni provenienti dalla citata pronuncia della Plenaria), nell’ambito delineato dalla disposizione appena richiamata (come pure dedotto da una delle parti nel giudizio davanti alle Sezioni Unite): le cui forme di ristoro sono non a caso disciplinate a seconda che l’amministrazione sia responsabile per un atto lecito ovvero per un atto illecito.

^{18c} con tale norma il legislatore – superando per tabulas il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell’Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 – ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento). Il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell’adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l’adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell’amministrazione. Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l’invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini “perentori”), ma rappresenta un comportamento scorretto dell’amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali?”.

La disciplina del danno da eccessiva durata del procedimento consta infatti, in base all'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990, di un'ipotesi di responsabilità da atto lecito (comma 1-*bis*) per la lesione dell'affidamento riposto dall'interessato nel termine violato; e di una forma di responsabilità per fatto illecito (comma 1): è tuttavia la legge a prevedere espressamente la prima, e a regolarne i rapporti, anche in termini di *quantum debeat*, con la concorrente tutela risarcitoria.¹⁹

In altre parole, l'antigiuridicità della condotta lesiva, o l'individuazione dei doveri nei quali si articola il canone di buona fede procedimentale, non possono mai prescindere, in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per fatto correlato alla propria attività (o inattività) funzionale, da un significativo collegamento con la disciplina dell'attività (procedimentale o provvedimentale) che si assume lesiva, e dunque con il profilo della legittimità o quanto meno della liceità della stessa, trattandosi di attività (a forma vincolata) la cui antigiuridicità può essere predicata solo in caso di accertata deviazione dal relativo paradigma normativo (così è perfino nella costruzione delle ordinanze gemelle del 2011, nella quale vi è comunque il presupposto della illegittimità del provvedimento – indirettamente – lesivo).

La riflessione sulle forme di responsabilità per violazione del canone di buona fede procedimentale sembra dunque condurre all'affermazione che l'affidamento (legittimo) riposto nelle “trattative” procedurali, ove meritevole di tutela, trova in tesi il suo rimedio naturale, coerente al sistema, proprio nella responsabilità da atto lecito (laddove prevista), ovvero nell'unica forma di responsabilità per fatto illecito tipizzata (quella per

¹⁹ Tanto che la giurisprudenza in proposito ha affermato che “L'entrata in vigore dell'art. 2-*bis* della L. n. 241 del 1990 non ha elevato, infatti, secondo l'orientamento prevalente al quale il Collegio ritiene di aderire, a bene della vita, suscettibile di autonoma protezione mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale, al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; sotto altro profilo deve altresì ricordarsi che il riconoscimento della responsabilità dell'Amministrazione per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza delle scadenze procedurali è imputabile a colpa o dolo dell'Amministrazione medesima, che il danno lamentato è conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'Amministrazione, nonché la prova del danno lamentato (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 23 giugno 2017, n. 3068; IV, 2 novembre 2016, n. 4580; IV, 6 aprile 2016, n. 1371)” (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 1437/2020).

ritardo procedimentale)²⁰.

9. La sentenza in commento ha inoltre un significato culturale che trascende l'oggetto immediato della stessa.

Essa, nel momento in cui ritiene decisivo, ai fini della tutela dell'interessato, il comportamento procedimentale dell'amministrazione a prescindere dal provvedimento finale, opera una evidente dequotazione di quest'ultimo sul piano dei rapporti fra cittadino e amministrazione.

Autorevole dottrina ha da sempre ammonito contro una sopravvalutazione del procedimento rispetto all'atto.²¹

In adesione a questo ordine di idee si è già avuto modo di osservare che, anche per effetto dell'influsso del diritto comunitario in materia, il procedimento amministrativo mantiene un rilievo *“nella dimensione che gli è propria: non in più in chiave autoreferenziale, bensì nell'ottica - tipicamente funzionale - per cui la stessa teoria del procedimento è stata elaborata, vale a dire in relazione alla formazione dell'atto; non più l'atto per il procedimento, dunque, ma il procedimento per l'atto, come del resto è normale che sia”*.²²

Il procedimento finora è stato, nell'ottica dei rimedi, la chiave di lettura per indagare l'illegittimità provvedimentale: vale a dire, l'illegittimità dell'attività direttamente lesiva rispetto all'interesse sostanziale al bene della vita; ora sembra invece assumere una

²⁰ Prescindendo dalle peculiarità della responsabilità della pubblica amministrazione, fra i civilisti si è autorevolmente sottolineato che *“La riprova che l'idea antigiuridica della responsabilità non debba essere abbandonata, è data, tuttavia, proprio dalla confusione che un tale abbandono comporta, giungendo a equiparare lecito e illecito. La necessità della distinzione si conferma, tra l'altro, al fine di stabilire se il danneggiato possa legalmente opporsi al compimento del fatto (...)”* (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1994, pag. 557): Nel caso esaminato dalla sentenza in commento un simile test avrebbe dato evidentemente esito negativo.

²¹ F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, *Foro Amm.vo*, 2000, , pag. 3457/3458): *“Si è presentato il provvedimento conclusivo come una sorta di ‘riepilogo’, con l'espressione non felice adoperata da altri autori, mentre in realtà la decisione che in esso si manifesta formalmente deve essere considerata come una ‘risultante’ del procedimento”*. (...) *“... non stupisce che nei manuali o studi più aggiornati si accrediti indirettamente l'idea che l'atto, anziché porsi appunto come risultante di un processo produttivo, venga considerato quasi come il semplice momento di conclusione del procedimento (non il procedimento per l'atto, quindi, ma l'atto per il procedimento)”*.

²² G. TULUMELLO, *La parabola del provvedimento e quella del contratto*, in *giustamm.it*, n. 4/2008.

rilevanza diversa ed ulteriore, mediante l'enucleazione di una situazione giuridica soggettiva tutelata in via autonoma, in relazione alla “*aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede*”.

Siffatta aspettativa, però, non ha un fondamento normativo.

L'enucleazione di un autonomo spazio rimediale per la tutela dell'affidamento riposto sulla correttezza e buona fede dell'amministrazione, il cui contenuto è identificato nella *coerenza e non contraddizione*, sganciato dalla connessione con il provvedimento, non tiene conto del fatto che nel caso di specie la trattativa (procedimentale) è diventata inutile nel momento in cui è stato adottato il provvedimento finale, preclusivo dell'accesso al bene della vita (quello appare essere infatti il principale profilo di pregiudizio), verosimilmente tanto legittimo al punto da non essere neppure impugnato (se, viceversa, il provvedimento inimpugnato fosse stato favorevole, il procedimento, per quanto lungo ed ondivago, non avrebbe verosimilmente generato domande di ristoro patrimoniale).

Il profilo della c.d. spettanza non è mai disgiunto dalla qualificazione della pretesa in termini di legittimità od illegittimità: è questa la peculiarità della responsabilità civile della pubblica amministrazione.²³

Nel caso esaminato dalla sentenza in commento la situazione giuridica soggettiva tutelata (l'affidamento) non è in realtà autonoma (e, dunque, autonomamente tutelabile): ma funzionale alla tutela dell'interesse legittimo sostanziale.

Il contatto sociale qualificato scaturente dall'atto d'impulso procedimentale è infatti, a ben vedere, diverso dal (e come tale non riconducibile al) paradigma categoriale che nel diritto dei privati ha consentito di affermarne la rilevanza quale fonte di obblighi.²⁴

Sia perché in tale paradigma esso consta di un “fatto socialmente rilevante”, come tale morfologicamente diverso (ancorché parimenti impegnativo) rispetto all'atto di

²³ In argomento V. NERI, *Il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 settembre 2018.

²⁴ In argomento C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, II ed. Milano, 2000, pagg. 39 e segg.; e vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 550.

autonomia privata regolato dal diritto: laddove nel caso in esame il contatto avviene non già in via di mero fatto, ma secondo precise forme e regole giuridiche, le cui conseguenze disciplinari, anche in termini di ristoro dei pregiudizi, sono stabilite dalla legge.

Sia, soprattutto, perché mentre nella teorica civilistica del contatto sociale l'assetto d'interessi fra le parti è (direttamente) fissato proprio dal contenuto dell'accordo che si realizza con l'aver esse tenuto un comportamento socialmente rilevante in tal senso (o comunque incompatibile con un significato contrario), invece nel procedimento amministrativo il contatto sociale qualificato non determina alcuna implicazione contenutistica, sul piano della volontà della parte pubblica, che non sia quella dell'impegno alla verifica della fattibilità dell'assetto d'interessi proposto dalla parte privata (verifica da condurre nel procedimento, e da tradurre in atto nel provvedimento finale).²⁵

Tale contatto, in altre parole, in ragione del disegno normativo della materia non è strutturalmente idoneo a determinare alcun diligente convincimento affidante in merito all'assetto di interessi finale, ma unicamente l'aspettativa, solo formale e strumentale, della ricerca di tale assetto in modo partecipato, ma non vincolato nei contenuti.

Il che equivale a dire, in primo luogo, che il canone di correttezza e buona fede non può tradursi in un obbligo di coerenza e non contraddittorietà.

Ciò non significa negare o sottovalutare la rilevanza del dovere di correttezza: ma implica che i rimedi per la sua violazione vanno individuati in un quadro di compatibilità e coerenza sia con la peculiare natura (e con gli effetti) del contatto.

10. Sia consentita infine una brevissima riflessione in una prospettiva di analisi economica del diritto (o, se si preferisce, di politica del diritto).

Il giudice del riparto pronuncia sulla astratta qualificazione della fattispecie al fine della individuazione del giudice competente; ma spesso – come nel caso in esame – con

²⁵ In generale già fra i civilisti, e prescindendo dunque dai rilevati profili problematici propri dell'estensione al procedimento amministrativo, l'uso giurisprudenziale del contatto sociale - come categoria *bonne à tout faire* - è oggetto di serie critiche: in tal senso, soprattutto, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialkontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, pagg. 77 e segg.

argomenti che hanno l'effetto di enucleare (nuove) ipotesi di danno risarcibile: il che produce conseguenze sul comportamento dei soggetti interessati e, in definitiva, sul grado di tutela effettiva dei rispettivi interessi.

In quest'ottica, la prefigurazione di nuovi (e finora inediti) spazi di tutela per il cittadino è solo apparentemente sintomatica di una più intensa ed efficace protezione delle relative situazioni giuridiche soggettive.

Finora si riteneva che l'amministrazione dovesse risarcire il danno sia se avesse adottato un provvedimento sfavorevole che l'interessato avesse impugnato con esito di accoglimento (ovvero avesse censurato, vittoriosamente, con azione risarcitoria autonoma); sia se avesse adottato un provvedimento favorevole, successivamente annullato in autotutela dalla stessa amministrazione o dal giudice a seguito di impugnativa dei controinteressati.

In entrambi i casi, il provvedimento veicolo di lesione doveva avere la certificazione d'illegittimità.

Si salvava, in sostanza, solo l'ipotesi del provvedimento che, quale che fosse il contenuto (favorevole o meno per l'interessato), resistesse allo scrutinio di legittimità: tanto da non venire annullato, o addirittura da non venire neppure impugnato.

In un'ottica di *modificazione degli incentivi*,²⁶ il quadro giurisprudenziale così delineato avrebbe dovuto avere l'effetto di indurre l'amministrazione ad operare nel senso di evitare che il provvedimento finale possa essere affetto da vizi di legittimità: questo essendo l'unico dato certo che, coerentemente con la necessità di rinvenire l'elemento dell'antigiuridicità nella fattispecie d'illecito, evitasse conseguenze risarcitorie.

In questo modo, peraltro, si realizzava anche una certa coerenza fra regole di validità e regole di responsabilità.

²⁶ “In una prospettiva economica, funzione fondamentale del diritto è dunque la modificazione degli incentivi” [G. ALPA (a cura di), *L'analisi economica del diritto nella prospettiva del giurista*, in AA.VV. *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, pag. 11].

Come si insegna da almeno un secolo, 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 (dall'imprenditore che intenda realizzare una grande struttura alberghiera, con riflessi benefici per la stessa comunità territoriale, alla Regione titolare della cura degli interessi inerenti il livello pianificatorio sovraordinato).

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 procedimentale comporterà, come accennato, che nessuna amministrazione mostrerà aperture nei confronti dei privati: essendo molto più agevole un fenomeno di *amministrazione difensiva* che negli 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.²⁷

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

²⁷ Sul complesso fenomeno dell'amministrazione difensiva si veda la recente indagine di C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, ne *Il diritto dell'economia*, 2019, pp. 155/192.

ordinario (questo essendo l'esito disciplinare della negazione della rilevanza dell'atto in favore della logica del comportamento)²⁸.

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.

²⁸ Non è questa la sede per una riflessione sulla disciplina del riparto della giurisdizione, e sull'attuale fenomenologia del suo esercizio; sia consentito, anche – ad onta dei precoci tempi di invecchiamento di ogni analisi giuridica nella società liquida - - per la perdurante attualità del problema, il rinvio a G. TULUMELLO, *Il dialogo fra i Melii e gli Ateniesi: il modello di tutela processuale degli interessi legittimi e la disciplina dei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione, nel confronto fra le giurisdizioni (riflessioni sulle recenti tendenze del diritto amministrativo)*, in *Foro Amm.vo-T.A.R.*, 2008, pp. 2310 e ss., in particolare § 1.