

L'Adunanza plenaria tratteggia perimetro, presupposti e limiti della responsabilità della p.a. discendente dal ragionevole affidamento del privato in ordine al legittimo esercizio del potere pubblico e all'operato della pubblica amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, anche nell'ipotesi di provvedimento favorevole successivamente annullato.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 29 novembre 2021, n. 21 – Pres. Patroni Griffi, Est. Franconiero

Pubblica amministrazione – Violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede – Responsabilità civile – Presupposti e limiti

L'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

a) *“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, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”.*

b) *“La responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento”.*

c) *“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” (1).*

(1) I. – Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato - alla quale la seconda sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 6 aprile 2021, n. 2753 (oggetto della News US in data 4 maggio 2021) aveva deferito alcune questioni interpretative - con articolata motivazione ha perimetrato la configurabilità dell'affidamento del privato sull'operato della p.a. e la connessa responsabilità di quest'ultima anche in relazione alle procedure riguardanti i contratti pubblici e in ipotesi di annullamento di provvedimento favorevole.

II. – La vicenda contenziosa che ha condotto al giudizio dinanzi al giudice d'appello si è articolata nelle fasi di seguito descritte:

- a) all'esito dell'aggiudicazione di una gara disposta dal Comune di Carinola, taluni soggetti partecipanti alla medesima gara hanno proposto domanda di annullamento, la quale è stata rigettata con sentenza del T.a.r. per la Campania, sez. VIII, 20 luglio 2007, n. 6857;
- b) tale sentenza è stata riformata dal Consiglio di Stato (sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6058), con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado ed annullamento dell'aggiudicazione;
- c) il Comune ha, quindi, preso atto della pronuncia di annullamento ed ha, a sua volta, formalmente revocato l'aggiudicazione definitiva della gara;
- d) con successivo ricorso, l'originaria aggiudicataria ha chiesto condannarsi l'amministrazione al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, limitato al solo interesse negativo: in accoglimento della stessa domanda, con sentenza del T.a.r per la Campania, sez. VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017, il Comune di Carinola – in considerazione che l'affidamento asseritamente ingenerato si sostanzierebbe nella buona fede dell'impresa interessata all'effettivo conseguimento dell'*utilitas* rappresentata dall'aggiudicazione e che siffatto affidamento sarebbe derivato da un comportamento colpevole dell'ente pubblico – è stato condannato al risarcimento del danno, con quantificazione della somma dovuta ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a.;
- e) la parte pubblica ha, quindi, proposto appello avverso detta sentenza censurandone la statuizione di condanna per equivalente e, nel relativo giudizio, si è innestato il deferimento all'Adunanza plenaria di cui trattasi.

III. – Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria giunge alla elaborazione delle massime riportate sulla base del seguente percorso argomentativo:

- f) sulla possibilità che il provvedimento amministrativo possa essere per il soggetto beneficiario fonte di un "*legittimo e qualificato affidamento*", la cui lesione per effetto del successivo annullamento in sede giurisdizionale lo legittimi a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'amministrazione:
 - f1) l'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza dell'Adunanza plenaria come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno;
 - f2) l'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza del 5 settembre 2005, n. 6 (in *Foro it.*, 2009, III, 124; *Cons. Stato*, 2005, I, 1440, con nota di RUBULOTTA): nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica la

p.a. è soggetta alle “norme di correttezza di cui all’art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune”;

- f3) malgrado la legittimità dell’intervento in autotutela, l’Adunanza plenaria ha riconosciuto il risarcimento per la lesione dell’affidamento maturato dall’aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento definitivo;
- f4) negli stessi termini l’Adunanza plenaria si è più di recente espressa con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5 (in *Foro it.*, 2018, III, 453, con nota di MIRRA; *Giur. it.*, 2018, 1983, con nota di COMPORTI; *Corriere giur.*, 2018, 1547, con nota di TRIMARCHI BANFI; *Urbanistica e appalti*, 2018, 639, con nota di GIAGNONI; *Appalti & Contratti*, 2018, 5, 67 (m), con nota di USAI; *Guida al dir.*, 2018, 23, 88, con nota di CLARICH, FONDERICO; *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1594, con nota di FOÀ, RICCIARDO CALDERARO; *Rass. avv. Stato*, 2019, 1, 160, con nota di IZZI; *Riv. trim. appalti*, 2019, 1071, con nota di BEVIVINO, nonché oggetto della News US 9 maggio 2018);
- f5) secondo i principi formulati nei precedenti ora richiamati, le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti: I) uno relativo alla validità degli atti amministrativi; II) l’altro concernente invece la responsabilità dell’amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte;
- f6) oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l’accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l’amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi: l’*ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento*” è stata in particolare affermata dalla citata pronuncia Cons. Stato, Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5, cit., in cui si è anche precisato che la responsabilità precontrattuale dell’amministrazione nelle procedure di affidamento di contratti pubblici è una responsabilità *“da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale”*;
- f7) più di recente è stato affermato, su un piano generale, che l’affidamento *“è un principio generale dell’azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l’aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività”* (Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011): pur sorto nei rapporti di diritto

civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata (e di cui sono applicazioni concrete, tra le altre, la *"regola possesso vale titolo"* ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ.), l'affidamento è ormai considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ossia quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo;

- f8) a conferma della descritta evoluzione si pone l'art. 1, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990, il quale dispone che: *"(i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede"* (comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante *"Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali"*);
- f9) la disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo: I) per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste l. n. 241 del 1990; II) concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; III) in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento; IV) a fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità; V) inoltre la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale; VI)

anche in questa seconda ipotesi può infatti darsi il caso che il soggetto beneficiario dell'atto per sé favorevole abbia maturato un'aspettativa ragionevole alla sua stabilità, che dunque può essere ingiustamente lesa per effetto dell'annullamento in sede giurisdizionale;

g) sui limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione di appalto, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale:

g1) si tratta del settore dell'attività della pubblica amministrazione in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima: le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole al privato venutosi a creare in questo settore si spiega sulla base del fatto che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative pre negoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di "*comportarsi secondo buona fede*" enunciato dall'art. 1337 del codice civile (come chiarito dall'Adunanza plenaria nelle sopra citate pronunce del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5, *citt.*);

g2) per comune acquisizione di diritto civile, la tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale: la reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono ristrate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 cod. civ. danno emergente – lucro cessante;

g3) applicata all'evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede, i quali costituiscono, come in precedenza esposto, profili tra loro autonomi, e da cui può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274; 12 aprile 2021, n. 2938; 2 febbraio 2018, n. 680);

- g4) nei rapporti di diritto civile, affinché un affidamento sia legittimo occorre tuttavia che esso sia fondato su un livello di definizione delle trattative tale per cui la conclusione del contratto, di cui sono già stati fissati gli elementi essenziali, può essere considerato come uno sbocco prevedibile, e rispetto al quale il recesso dalle trattative, in linea di principio libero, risulti invece ingiustificato sul piano oggettivo e integrante una condotta contraria al dovere di buona fede ex art. 1337 cod. civ. (*ex multis*: Cass. civ., sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545; sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768);
- g5) analogamente, per diffusa opinione nella giurisprudenza amministrativa (da ultimo: Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237), l'affidamento è legittimo quando sia stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, cui non abbia poi fatto seguito la stipula del contratto, ed ancorché ciò sia avvenuto nel legittimo esercizio dei poteri della stazione appaltante;
- g6) ne discende che: I) l'aggiudicazione è considerata il punto di emersione dell'affidamento ragionevole, tutelabile pertanto con il rimedio della responsabilità precontrattuale; II) il recesso ingiustificato assume i connotati provvedimenti tipici della revoca o dell'annullamento d'ufficio della gara, che interviene a vanificare l'aspettativa dell'aggiudicatario alla stipula del contratto e che, pur legittimo, non vale quindi ad esonerare l'amministrazione da responsabilità per avere inutilmente condotto una procedura di gara fino all'atto conclusivo ed avere così ingenerato e fatto maturare il convincimento della sua positiva conclusione con la stipula del contratto d'appalto;
- g7) in senso parzialmente diverso si è espressa la sentenza Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260 (in *Foro it.*, 2015, I, 643, con nota di GALLI), la quale ha affermato che: I) l'affidamento del concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico è tutelabile "*indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto*"; II) la stazione appaltante è quindi responsabile sul piano precontrattuale "*a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante*";
- g8) l'apparente contrasto rispetto agli approdi della giurisprudenza amministrativa deve tuttavia essere ridimensionato: la stessa giurisprudenza amministrativa ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, laddove ha in particolare affermato che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto, in ragione del fatto che "*il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura*

*rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale” (Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831, in *Contratti*, 2014, 146, con nota di PASSARELLA; *Rass. avv. Stato*, 2014, 1, 173, con nota di ROMEO);*

- g9) nella medesima prospettiva di un accertamento in concreto degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale si è del resto espressa la Plenaria con sentenza 4 maggio 2018, n. 5, cit., secondo cui la responsabilità precontrattuale può insorgere *“anche prima dell’aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all’esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede”*;
- g10) più in generale, l’Adunanza plenaria ha precisato che la tutela civilistica della responsabilità precontrattuale, pur nel quadro del principio generale dell’autonomia negoziale delle parti, ivi compresa l’amministrazione, opera nel senso di assicurare la serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto, per cui essa costituisce il punto di equilibrio tra: I) la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell’esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte; II) rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall’altro;
- g11) individuato un primo requisito dell’affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso, il secondo consiste nel carattere colposo della condotta dell’amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve essere imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali vevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ. (in questo senso va ancora richiamato Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.);
- g12) l’affidamento del concorrente, a sua volta, non deve essere inficiato da colpa: sul punto va richiamato l’art. 1338 cod. civ., il quale assoggetta a responsabilità precontrattuale la *“parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte”*, ed in base al quale viene escluso il risarcimento se la conoscenza di una causa invalidante il contratto è comune ad entrambe le parti che conducono le trattative, poiché nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta (in questo senso, di recente: Cass. civ, sez. lav., ordinanza 31 gennaio 2020, n. 2316; III, sentenza 18 maggio 2016, n. 10156; sentenza 5 febbraio 2016, n. 2327);

- g13) il profilo in esame ha rilievo rispetto al potere di annullamento d'ufficio della procedura di gara, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, che opera in modo distinto rispetto alla revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della medesima legge sul procedimento amministrativo, perché interviene non già come rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto, secondo l'ampia definizione del potere di revoca data dalla disposizione da ultimo richiamata, ma per rimuovere un vizio di legittimità degli atti della procedura di gara: se pertanto il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi (in questo senso: Cons. Stato, V, 23 agosto 2016, n. 3674, che ha affermato al riguardo che *"al fine di escludere la risarcibilità del pregiudizio patito dal privato a causa dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità dell'aggiudicazione, che il giudice deve verificare in concreto se il principio di diritto violato sia conosciuto o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione della norma di azione e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità"*);
- g14) peraltro, l'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale: in questo secondo caso emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio (con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 c.p.a. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo)
- g15) la situazione che viene così a crearsi induce, per un verso, ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

IV. – Si segnala, per completezza, quanto segue:

h) sulla nozione di affidamento (legittimo): Cons. Stato, sez. II, ordinanza 9 marzo 2021, n. 2013 (oggetto della News US in data 26 marzo 2021), secondo cui:

- h1) *“l'affidamento è un istituto giuridico che taglia trasversalmente l'intero ordinamento giuridico e senza dubbio assume rilievo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni, anche nelle fattispecie in cui vi è esercizio di potere di natura pubblicistica”;*
- h2) *l'affidamento non è “un diritto soggettivo, come, invece, autorevolmente sostenuto da parte della giurisprudenza, bensì una situazione giuridica soggettiva dai tratti peculiari propri, idonea a fondare una particolare responsabilità, che si colloca tra il contratto e il torto civile”;*
- h3) *“ad ogni modo, per aversi un affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato, occorre, da un lato, una condotta della pubblica amministrazione connotata da mala fede o da colpa in grado di far sorgere nell'interessato, versante in una condizione di totale buona fede, un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita e, dall'altro, che la fiducia riposta da quest'ultimo in un esito del procedimento amministrativo a lui favorevole sia ragionevole e non colposamente assunta come fondata”;*
- h4) *“in sostanza, ai fini della sussistenza dell'affidamento, il privato che ha interloquito con la pubblica amministrazione non soltanto non deve averla condotta dolosamente o colposamente in errore, ma deve aver aspettativa qualificata, ovvero sia basata su una pretesa legittima alla luce del quadro ordinamentale applicabile al caso di specie”;*
- h5) *“va peraltro sottolineato che, ai fini dell'affidamento, l'ipotesi di annullamento del provvedimento favorevole in sede giurisdizionale va tenuta chiaramente distinta da quella di annullamento d'ufficio in autotutela e, ancor più, dalla revoca, atteso che, a fronte del medesimo petitum risarcitorio, le causae petendi sono differenti. In questi secondi casi, infatti, l'eventuale affidamento del privato (ammesso che vi sia) verrebbe pregiudicato da un condotta dell'amministrazione, la quale modifica unilateralmente, melius re perpensa o alla luce di sopravvenienze, l'assetto d'interessi precedentemente delineato nell'esercizio del suo potere pubblicistico, mentre nel primo caso il potenziale affidamento verrebbe leso da un provvedimento promanante dal potere giurisdizionale, nei cui confronti non può esserci in radice, per la natura terza del giudice, alcuna aspettativa qualificata – e dunque tutelabile mediante ristoro patrimoniale – all'accoglimento delle proprie ragioni. Ne discende che l'annullamento del provvedimento amministrativo in sede giurisdizionale non*

può mai ridondare in una lesione di un affidamento legittimo, idonea a fondare una domanda risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione”;

i) sul diritto al risarcimento da lesione dell'affidamento verso un provvedimento amministrativo illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale:

i1) per l'indirizzo non favorevole: I) Cons. Stato, sez. IV, sentenza 29 ottobre 2014, n. 5346, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 181, con nota di D'ANGELO, secondo cui *“Posto che anche nel diritto amministrativo sono applicabili i principi generali in virtù dei quali l'ignoranza della legge non scusa e non può fondatamente chiedere il risarcimento dei danni chi ne abbia con sua colpa cagionato la sua verifica, non può dolersi di aver subito un danno chi - per una qualsiasi evenienza e con un provvedimento espresso, ovvero a seguito di un silenzio assenso o una s.c.i.a. - abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso, infatti, il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile soltanto contra legem) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno (in applicazione del principio di diritto enunciato è stata rigettata la domanda di risarcimento del danno avanzata dal costruttore che si lamentava del ritardo dell'amministrazione comunale nel pronunciarsi sulle istanze di condono avanzate conseguentemente all'annullamento in sede giurisdizionale delle concessioni edilizie inizialmente assentite, ancorché presentate in contrasto con gli strumenti urbanistici)”*; sez. II) Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183 (in *Giornale dir. amm.*, 2014, 704, con nota di MAGRI; *Guida al dir.*, 2014, 7, 66, con nota di CORRADO; *Danno e resp.*, 2014, 939, con nota di MAZZOLA), secondo cui *“In tema di lesione dell'interesse legittimo imputato ad un provvedimento favorevole illegittimo che venga successivamente annullato in sede giurisdizionale, e in assenza di altra statuizione di legge, trovano applicazione i principi relativi all'illecito aquiliano”*;

i2) per l'indirizzo favorevole: I) Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2017, n. 5980, in *Foro amm.*, 2017, 2384, secondo cui *“Quando il risarcimento è fondato sulla lesione dell'affidamento in conseguenza dell'emanazione di un atto illegittimo perché annullato in autotutela o in via giurisdizionale, non ci si duole del danno derivante dall'illegittimo esercizio di un potere amministrativo in senso sfavorevole al privato, bensì di un comportamento conseguenza del precedente esercizio del potere amministrativo in favore del danneggiato; pertanto, il provvedimento amministrativo - che aveva concesso il diritto ad edificare e che, perché illegittimo, legittimamente è stato posto nel nulla e quindi non rileva più come provvedimento che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto - continua a rilevare per il*

*proprietario del fondo o il titolare di altro diritto, che lo abilita a costruire sul fondo, esclusivamente quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del neminem laedere, imputabile alla p.a. e in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento, avendo questo il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di poter legittimamente procedere alla edificazione del fondo"; II) T.a.r. per la Campania, sez. VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017 (in *Urbanistica e appalti*, 2013, 93, con nota di CAPUTO), secondo cui "La colpevole negligenza nella stesura del bando, causa d'annullamento dell'aggiudicazione, integra gli estremi della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante"; III) Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002 (in *Urbanistica e appalti*, 2012, 66, con nota di QUADRI; *Giornale dir. amm.*, 2012, 493 (m), con nota di VITALE), secondo cui "Anche se la revoca della gara è legittima, sussiste tuttavia la responsabilità precontrattuale della p.a. per la violazione dei doveri di lealtà e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., a causa degli affidamenti ingenerati nei concorrenti, che solo a procedura quasi ultimata hanno appreso delle risalenti intese tra i ministeri che hanno condotto all'esito contestato, perché, subito dopo la pubblicazione del bando di gara, era già emerso un orientamento oggettivamente contrastante con le scelte operate e sfociate nell'indizione della gara, più volte rinviata, fino alla revoca";*

- i3) con specifico riferimento all'annullamento giurisdizionale di una concessione edilizia per la realizzazione di un nuovo fabbricato in luogo di quello precedente, su ricorso di alcuni titolari di immobili situati nelle vicinanze, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, coeva alla pronuncia in rassegna, resa all'esito di deferimento disposto con ordinanza Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2021, n. 2013, cit.;
- j) sul legittimo affidamento come elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto, cfr. in particolare:
- j1) Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108, in *Giur. it.*, 2019, 2236, con nota di PAGANO; *Giur. cost.*, 2019, 1341, con nota di MABELLINI;
 - j2) Corte cost., 27 giugno 2017, n. 149, in *Giur. cost.*, 2017, 1837, con nota di TRIVELLIN;
 - j3) Corte cost., 12 aprile 2017, n. 73;
 - j4) Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16, in *Ambiente*, 2017, 203, con nota di SPINA;
 - j5) Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 789;

- j6) Corte cost., 5 novembre 2015, n. 216, in *Foro it.*, 2015, I, 3769;
- j7) Corte cost., 31 maggio 2015, n. 56, in *Foro it.*, 2015, I, 1903;
- j8) Corte cost., 27 giugno 2012, n. 166, in *Foro it.*, 2012, I, 2229;
- j9) Corte cost., 22 ottobre 2010, n. 302, in *Foro it.*, 2011, I, 327;
- j10) Corte cost., 24 luglio 2009, n. 236, in *Foro it.*, 2009, I, 2921, con nota di ROMBOLI;
- j11) Corte cost., 9 luglio 2009, n. 206, in *Corriere giur.*, 2010, 323, con nota di RIZZO;
- j12) Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 24, in *Giur. cost.*, 2009, 165, con nota di SPUNTARELLI;
- j13) Corte cost., 3 novembre 2005, n. 409, in *Giur. cost.*, 2006, 2543, con nota di MATUCCI;
- j14) Corte cost., 7 luglio 2005, n. 264, in *Foro it.*, 2006, I, 2666;
- j15) Corte cost., 12 novembre 2002, n. 446, in *Giur. it.*, 2003, 841, con nota di MAURIELLO; *Giur. cost.*, 2002, 3658, con nota di CARNEVALE;
- j16) Corte cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Foro it.*, 2000, I, 2456, con nota di PASSAGLIA; *Mass. giur. lav.*, 2000, 130, con nota di CELOTTO; *Riv. giur. lav.*, 2000, II, 161, con nota di MAZZIOTTI; *Giur. cost.*, 1999, 3625, con nota di CARNEVALE;
- j17) Corte cost., 10 febbraio 1993, n. 39, in *Arch. civ.*, 1993, 685, con nota di ALIBRANDI; *Dir. e pratica lav.*, 1993, 2429, con nota di ARGENTINO;
- j18) Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155, in *Foro it.*, 1990, I, 3072, con nota di TARCHI; *Corriere giur.*, 1990, 588, con nota di BERTI; *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 211, con nota di BRANCADORO; *Arch. civ.*, 1990, 771, con nota di ALIBRANDI;
- j19) Corte cost., 14 luglio 1988, n. 822, in *Cons. Stato*, 1988, II, 1378;
- j20) Corte cost., 17 dicembre 1985, n. 349, in *Giust. civ.*, 1986, I, 659;
- k) sul legittimo affidamento rispetto alla retroattività legislativa:
 - k1) nella giurisprudenza costituzionale: I) Corte cost., 20 maggio 2016, n. 108, la quale richiama il principio del legittimo affidamento espressione di una delle "molteplici declinazioni dell'art. 3 Cost."; II) Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78 (in *Foro it.*, 2012, I, 2585, con nota di PALMIERI A.; *Contratti*, 2012, 445, con nota di D'AMICO; *Guida al dir.*, 2012, 20, 30, con nota di SACCHETTINI; *Nuove leggi civ.*, 2012, 797 (m), con nota di DI GIROLAMO; *Banca, borsa ecc.*, 2012, II, 423, con nota di DOLMETTA, SALANITRO, SEMERARO, TAVORMINA; *Giur. it.*, 2012, 2283, con nota di RIZZUTI; *Nuova giur. civ.*, 2012, I, 1039, con nota di AIELLO; *Giur. cost.*, 2012, 1017, con nota di RESCIGNO; *Rass. dir. civ.*, 2013, 194, con nota di

BELLO; *Corriere giur.*, 2013, 19, con nota di PANDOLFINI; *Giur. comm.*, 2012, II, 1176, con nota di MANCINI; *Giurisdiz. amm.*, 2012, IV, 347, con nota di PAGANO) secondo cui “La Corte europea dei diritti dell’uomo ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall’art. 6 della Convenzione ostanto, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all’ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l’esito giudiziario di una controversia (ex plurimis: Corte eur. dir. uomo, sez. II, 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia*, in *Foro it.*, 2013, IV, 9, con nota di PALMIERI A. [...]). Pertanto, sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all’art. 25 Cost.), se giustificato da «motivi imperativi d’interesse generale», che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell’ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza della Cedu ai singoli ordinamenti statali”;

III) Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311 (in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, 901, con nota di ZAMPIERI; *Corriere giur.*, 2010, 619, con nota di CONTI; *Giur. cost.*, 2009, 4657, con nota di MASSA; *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 389, con nota di AVALLONE; *Giur. it.*, 2010, 2011, con nota di DI SERI;

k2) nella giurisprudenza CEDU, tra le tante: I) Corte eur. dir. uomo, sez. II, 15 novembre 2012, *Lombardi c. Italia*; II) 19 gennaio 2010, *Zuccalà c. Italia*; III) grande camera, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia* (in *Corriere giur.*, 2006, 929, con nota di CONTI); grande camera, 6 ottobre 2005, *Draon c. Francia*; sez. IV, 20 luglio 2004, *Back c. Finlandia*;

l) sul legittimo affidamento in relazione a norme interne contrarie all’ordinamento UE: Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18, oggetto della News US in data 29 novembre 2021;

m) sul legittimo affidamento rispetto ai mutamenti giurisprudenziali:

m1) Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 373, con nota di FOLLIERI; *Riv. giur. urbanistica*, 2018, 123, con nota di ROSSA; *Rass. avv. Stato*, 2018, 1, 134, con nota di VITULLO, MUCCIO; *Dir. proc. amm.*, 2018, 1133, con nota di CASSATELLA; *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, 1022, con nota di APERIO BELLA; *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, 1022, n. APERIO BELLA, PAGLIAROLI; oggetto della News US in data 8 gennaio 2018;

m2) Cass. civ, sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Guida al dir.*, 2011, 32, 38, con nota di SACCHETTINI; *Corriere giur.*, 2011, 1392, con nota di CAVALLA,

CONSOLO, DE CRISTOFARO; *Riv. dir. proc.*, 2012, 1072, con nota di VANZ; *Giusto processo civ.*, 2011, 1117, con nota di AULETTA; *Rass. avv. Stato*, 2012, 2, 125, con nota di MELONCELLI; *Giur. cost.*, 2012, 3153, con nota di CONSOLO;

n) sulla tutela del legittimo affidamento nel diritto UE, in particolare:

- n1) sul legittimo affidamento quale principio UE: Corte di giustizia CE, 3 maggio 1978, C-112/77, *Topfer*;
- n2) sullo specifico rapporto tra certezza del diritto e difficoltà interpretative del dato normativo, Corte di giustizia CE, 17 luglio 1997, C-354/95, *The Queen*;
- n3) con particolare riferimento alla certezza del diritto nella trasposizione delle direttive, Corte di giustizia CE, 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmott*;
- n4) sulla chiarezza e precisione della disciplina che impone obblighi a carico del contribuente, Corte di giustizia CE, 9 luglio 1981, C-169/80, *Ammin. dogane Francia*, in *Foro pad.*, 1981, IV, 25;
- n5) sui caratteri della chiarezza e della prevedibilità delle norme UE per gli amministrati, Corte di giustizia CE, 12 novembre 1981, 212-217/80, in *Foro it.*, 1982, IV, 364, con nota di DANIELE;
- n6) sulla certezza del diritto e legittimo affidamento nella modulazione degli effetti temporali della sentenza della Corte di giustizia: tra le più significative, quantunque risalente, cfr. Corte di giustizia CE, 26 aprile 1988 C-97/86, C-193/86, C-199/86 e C-215/86, *Asteris*;
- n7) sulla tutela dell'affidamento e *ius poenitendi*: Corte di giustizia CE, 12 luglio 1962, C-14/61, *Hoogovens*; 1° giugno 1961, C.15/60, *Gabriel Simon*; 12 luglio 1957, C-7/56, C-7/57, *Algera*;
- n8) sulla tutela dell'affidamento quando un operatore economico sia in grado di prevedere un provvedimento a sé sfavorevole: Corte di giustizia CE, sez. I, 14 ottobre 2010, C-67/09, *Nuova Agricast Srl e Cofra Srl*, in *Foro it.*, 2013, IV, 313, con nota di GRASSO;
- n9) in materia di concorsi, cfr. Corte di giustizia UE grande sezione, 27 novembre 2012, C-566/10P, *Repubblica italiana contro Commissione*, in *Foro it.*, 2013, IV, 63, con nota di GRASSO (l'Autore ha evidenziato che in quel caso "la decisione dispiegherà i suoi effetti soltanto come precedente giacché, nel caso concreto, al fine di preservare il legittimo affidamento dei candidati prescelti, la Corte di giustizia ha ritenuto opportuno non rimettere in discussione i risultati dei concorsi espletati. In precedenza, la Corte di giustizia [...] aveva affermato che qualora una prova di un concorso generale bandito per la costituzione di una riserva di assunzioni venga annullata, i diritti di un ricorrente che non ha superato tale prova sono adeguatamente tutelati se la commissione giudicatrice e l'autorità che

ha il potere di nomina riesaminano le loro decisioni e cercano una soluzione equa per il suo caso senza che sia necessario modificare i risultati del concorso nel loro complesso o annullare le nomine effettuate in esito allo stesso; si tratta infatti di conciliare gli interessi dei candidati svantaggiati da un'irregolarità commessa in occasione di un concorso e gli interessi degli altri candidati");

- n10) in materia di scommesse, Corte di giustizia UE, sez. I, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global Starnet (in *Foro it.*, 2018, IV, 424, con nota di FORTUNATO, nonché oggetto della News US in data 11 gennaio 2018), con la quale la Corte – tra l'altro – ha individuato le condizioni in presenza delle quali il legislatore può intervenire a modificare la disciplina di rapporti concessori in atto aventi ad oggetto giochi leciti;
- n11) in tema di regolarità della concessione degli aiuti di stato: I) con specifico riferimento agli aiuti finanziari alle banche, Corte di giustizia UE, 3 dicembre 2019, C-414/18, Iccrea Banca, in *Giur. comm.*, 2021, II, 223, con nota di PIERINI, oggetto della News US in data 9 gennaio 2020; II) Corte giustizia UE, 8 dicembre 2011, C-81/10 P (in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 1545), secondo cui: *"L'obbligo di notifica costituisce uno degli elementi fondamentali nel sistema di controllo istituito dal trattato nel settore degli aiuti di stato".* ed ancora che: *"tenuto conto del carattere imperativo del controllo sugli aiuti di stato svolto dalla commissione, le imprese beneficiarie di un aiuto possono, in linea di principio fare legittimo affidamento sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dall'art. 88 Ce e un operatore economico diligente deve di norma essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata; in particolare, quando un aiuto è stato versato senza previa notifica alla commissione, ed è pertanto illegittimo in forza dell'art. 88 n. 3, Ce, il beneficiario dell'aiuto non può riporre, a quel punto nessun legittimo affidamento sulla regolarità della concessione dello stesso"*;
- n12) in tema di prelievo supplementare-quote latte, Corte di giustizia UE, sez. II, 11 settembre 2019, C-46/18, Caseificio Sociale San Rocco Soc. coop. a r.l., in *Riv. corte conti*, 2019, 5, 221 e oggetto della News US in data 15 ottobre 2019; Corte di giustizia CE, 25 marzo 2004, n. 495/00;
- n13) in tema di appalti pubblici: Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorogna s.r.l. (in *Riv. corte conti*, 2019, 3, 213, con nota di MARZANO; *Nuovo notiziario giur.*, 2019, 539, con nota di SARZOTTI; *Riv. trim. appalti*, 2019, 1473, con nota di COZZIO; *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, 678, con nota di MACCHIONE, oggetto della News US n. 56 del 13 maggio 2019) secondo cui *"I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE [...], devono essere*

interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice”;

- o) sulla posizione giuridica di chi entri in relazione con l'Amministrazione pubblica, attraverso un rapporto procedimentalizzato: Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 11 maggio 2021, n. 3701, oggetto della News US in data 28 maggio 2021, secondo cui:
- o1) *“non può essere sottovalutata la natura tipicamente relazionale dell'interesse legittimo pretensivo, e cioè della posizione (che come l'interesse legittimo oppositivo o difensivo) correlativa all'esercizio pur illegittimo del pubblico potere”;*
 - o2) *“l'interesse legittimo pretensivo esprime, ad un tempo, sia l'interesse sostanziale rappresentato dalla pretesa ad ottenere un 'bene della vita', sia l'interesse procedimentale per cui il provvedimento finale sia emanato seguendo il procedimento previsto dalla legge”;*
 - o3) *“Non si tratta di un mero interesse 'occasionalmente protetto' (adoperando una espressione tipica degli albori della giustizia amministrativa), cioè protetto per il tramite della tutela primaria della legalità amministrativa, bensì di una situazione giuridica immediata, diretta, concreta e personale del privato”;*
 - o4) *“Può risultare dunque artificioso il sovrapporre a una tale posizione giuridica soggettiva – riferibile ad un rapporto di diritto pubblico tra il richiedente e l'Amministrazione - una diversa situazione sostanziale (da richiamare per individuare una 'diversa' giurisdizione), basata sul principio del neminem laedere (il cui ambito di efficacia prescinde dalla esistenza di un preesistente rapporto tra danneggiante e danneggiato) o anche su un 'contatto sociale’”;*
 - o5) *“In quest'ottica prospettica, per considerazioni sistematiche la Sezione ritiene che l'interesse pretensivo risulta di per sé leso quando l'Amministrazione emana il diniego avente natura autoritativa, ovvero resta inerte (risultando illogico e in*

contrasto con la legge n. 241 del 1990 il ritenere che nel corso del procedimento l'inerzia dell'attività amministrativa – disciplinata dalle leggi amministrative sostanziali e processuali – sia definibile come un comportamento sottoposto al diritto privato)”;

- o6) l'interesse pretensivo: I) costituisce il presupposto logico-giuridico del diritto che poi vanta il richiedente, qualora in accoglimento della istanza vi sia il rilascio di un permesso, di una concessione, di una licenza o di un altro atto abilitativo 'comunque denominato'; II) ridiventa configurabile, allorquando l'Amministrazione in sede di autotutela o il giudice in sede giurisdizionale abbia annullato l'atto abilitativo, estinguendo di conseguenza quel diritto di per sé configurabile solo quando l'atto abilitativo favorevole risulti ancora efficace;
- o7) in altri termini: I) *“quando è annullato (in sede amministrativa o giurisdizionale) il provvedimento favorevole, il più delle volte l'istanza originaria del richiedente non può che risultare infondata e va respinta”*; II) *“nella prassi, quando l'Amministrazione dapprima accoglie una istanza e poi annulla il titolo abilitativo perché risultato illegittimo, il secondo provvedimento comporta – anche se ciò non è esplicitato expressis verbis – il rigetto della istanza medesima”*; III) *“lo stesso avviene in sostanza quando sia rilasciato un atto abilitativo (ad esempio, un permesso di costruire) e questo sia annullato dal giudice amministrativo su istanza di chi vi abbia interesse”*; IV) *“In tal caso, nella prassi l'annullamento dell'espresso titolo abilitativo da parte del giudice amministrativo, in accoglimento del ricorso di chi vi abbia interesse, non sempre è seguito da un formale ed espresso ulteriore provvedimento negativo, di rigetto della originaria istanza”*; V) *“Infatti, a seconda dei casi, l'annullamento del titolo abilitativo da parte del giudice può comportare sia la rinnovazione del procedimento e il rilascio di un ulteriore titolo abilitativo (se ne sussistono tutti i presupposti), oppure la sostanziale fine della vicenda, perché dalla sentenza del giudice amministrativo si desume che il vizio dell'atto abilitativo è di per sé è insanabile, pur se un formale diniego non è emanato dopo la sentenza di annullamento”*; VI) *“Ciò che rileva, sul piano sostanziale, è il fatto che – con l'annullamento dell'atto abilitativo – non sussiste più il diritto in precedenza sorto e torna ad esservi un interesse pretensivo che però non può più essere soddisfatto, quando un tale esito sia desumibile dalla sentenza del giudice amministrativo (di cui può anche prendere atto un ulteriore provvedimento, questa volta negativo, conseguente all'annullamento dell'atto abilitativo precedente)”*;
- o8) *“Allorquando sia stato annullato l'atto abilitativo e dunque non sia più configurabile il diritto ad esso conseguente, l'originario richiedente torna ad essere titolare di un interesse legittimo”*;

- o9) *“in fondo, si tratta del ripristino della dinamica delle posizioni giuridiche [...]: il ricorrente ed il controinteressato, beneficiario in quanto tale dell’atto abilitativo impugnato, sono titolari di contrapposti interessi legittimi nel corso del procedimento, sicché – una volta che la sentenza amministrativa abbia annullato il titolo abilitativo – il controinteressato non risulta più titolare del diritto che era sorto con l’atto ormai annullato”*;
- o10) *“in altri termini, il controinteressato soccombente va qualificato come titolare di una posizione soggettiva contrapposta e speculare a quella del ricorrente vittorioso, in un quadro nel quale tra di loro e nei confronti dell’Amministrazione non vi sono diritti soggettivi da fare valere”*;
- o11) *“qualora il controinteressato soccombente nel giudizio di legittimità intenda formulare una domanda risarcitoria nei confronti dell’Amministrazione anch’essa soccombente, la relativa causa petendi riguarda proprio il come è stato in precedenza esercitato il potere amministrativo e si deve verificare se il vizio dell’atto – oltre ad aver comportato il suo annullamento – deve avere conseguenze sul piano risarcitorio”*;
- p) sulla condotta della p.a. e l’autodeterminazione dei privati: Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., secondo cui *“Posto che anche nello svolgimento dell’attività autoritativa l’amministrazione è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico, le norme generali dell’ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la loro violazione può configurare una responsabilità da comportamento scorretto, che incide sul diritto soggettivo dei privati di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali”*;
- q) sulla responsabilità della pubblica amministrazione e onere della prova:
- q1) sulla pretesa risarcitoria dell’imprenditore fondata sulla lesione dell’affidamento riposto nella condotta della p.a. che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede: Cass. civ., 15 gennaio 2021, n. 615, in *Giur. it.*, 2021, 1147, con nota di DE MARCO, secondo cui *“la responsabilità della p.a. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell’affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell’azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione), inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da «contatto sociale qualificato», inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell’amministrazione”*;

- q2) Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in Foro it., 2021, III, 394, con nota di PALMIERI A., PARDOLESI R., oggetto della [News US in data 13 maggio 2021](#) la quale ha evidenziato che la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi ha natura di fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale. La Plenaria ha precisato che anche in caso di danno da ritardo è necessario che sia provato *“sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all’amministrazione”*. La sentenza, inoltre, ha ribadito che il danno da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo, costituendo una speciale ipotesi di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., richiede, ai sensi dell'art. 2697 c.c., la prova da parte del danneggiato di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda, quali: la condotta della pubblica amministrazione, l'elemento psicologico, il danno e il nesso causale tra detta condotta e il danno;
- q3) con particolare riferimento alla responsabilità risarcitoria nel rapporto tra norme di azione e norme di relazione: Cass. civ., sez. I, 5 febbraio 2021, n. 2738, in *Foro it.*, 2021, I, 2452, con nota di MACARIO F. La sentenza ha evidenziato come una cosa sia la denuncia dell'illegittimità dell'azione amministrativa, altra cosa la denuncia della lesione dell'affidamento del privato nella legittimità di provvedimenti amministrativi ampliativi successivamente annullati o nella mancata adozione di provvedimenti anche ampliativi nei casi in cui il *petitum* sostanziale consista nella violazione dei canoni della correttezza e buona fede da parte della pubblica amministrazione. In queste ultime ipotesi, la tutela risarcitoria non è, infatti, proposta come rimedio della illegittimità (accertata o da accertare) dell'azione amministrativa o come completamento di una inesistente tutela demolitoria di provvedimenti amministrativi illegittimi sotto il profilo della violazione delle norme di azione. *“Il trade union di tale (condivisibile) orientamento è dato dal fatto che in quei casi non è denunciata (o non è chiesto di dichiarare) la illegittimità di provvedimenti amministrativi, manifestandosi una acquiescenza del privato all'assetto di interessi dagli stessi provvedimenti determinato (con il consolidamento del provvedimento diminutivo o del provvedimento di annullamento o revoca di quello ampliativo di determinate facoltà). Ad essere contestata è, piuttosto, la verifica della liceità del comportamento della pubblica amministrazione, evocata in giudizio dal privato su un piano*

paritetico, dunque dinanzi al giudice ordinario, essendo controverso il rispetto delle norme di relazione (buona fede e correttezza, lesione ingiustificata dell'affidamento, proporzionalità, ecc.) che prescindono dal e soverchiano il rispetto formale delle norme di azione postulanti la tutela dell'interesse legittimo";

- q4) in tema di affidamento di contratti pubblici: Corte di giustizia UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Graz Stadt* (in *Urbanistica e appalti*, 2011, 398, con nota di GIOVAGNOLI; *Giur. it.*, 2011, 664 (m), con nota di CIMINI; *Riv. amm. appalti*, 2010, 188 (m), con nota di TOMASSI; *Dir. e pratica amm.*, 2011, 1, 52 (m), con nota di CONTESSA; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 3014 (m), con nota di FELIZIANI);
- q5) sulla responsabilità della p.a. discendente da attività provvedimentale posta in essere sulla base di norma dichiarata incostituzionale: T.a.r per la Sicilia, sez. st. Catania, sez. I, 30 luglio 2021, n. 2582;
- q6) sui comportamenti della pubblica amministrazione, anche successivi al bando, lesivi dei principî di buona fede e correttezza, responsabilità precontrattuale e teoria del contatto sociale qualificato: Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.;
- q7) sul rapporto fra invalidità dell'atto, colpa d'apparato e scusabilità dell'errore della p.a. I) Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, cit., (in termini anche la sentenza 29 novembre 2021, n. 20, resa all'esito di deferimento disposto con ordinanza Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2021, n. 3701, cit.), secondo cui *"il grado della colpa dell'amministrazione, e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile, rileva sotto il profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento. Al riguardo va ricordato che nel giudizio di annullamento la colpa dell'amministrazione è elemento costitutivo della responsabilità dell'amministrazione nei confronti del ricorrente che agisce contro il provvedimento a sé sfavorevole, sebbene essa sia presuntivamente correlata all'illegittimità del provvedimento, per cui spetta all'amministrazione dare la prova contraria dell'errore scusabile. Sulla base di questa presunzione, per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la colpa dell'amministrazione è invece un elemento che ha rilievo nella misura in cui rende manifesta l'illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, e consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole";* II) Cons. Stato, sez. IV, 15 marzo 2021, n. 2193, secondo cui *la "colpa amministrativa" è "da intendersi, per giurisprudenza consolidata [...], come «colpa d'apparato», ossia come frontale, macroscopica ed inescusabile violazione, da parte dell'Autorità, dei canoni di imparzialità, correttezza e buona fede che debbono sempre*

conformarne l'azione"; III) 17 aprile 2018, n. 2271, secondo cui – “La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione derivante da un provvedimento illegittimo è [...] di natura extra contrattuale e non oggettiva, e non può prescindere dall'accertamento della colpevolezza”;

– “In presenza di atti illegittimi la colpa in astratto si potrebbe presumere, integrando l'accertamento dell'illegittimità, ai sensi degli artt. 2727 e 2729, comma 1, c.c., una forma di presunzione semplice in ordine alla sua sussistenza in capo all'Amministrazione [...], tuttavia anch'essa superabile da prova contraria”; IV)

con specifico riferimento all'ipotesi di eccessiva durata di un concorso, 2 ottobre 2017, n. 4570, secondo cui “una procedura concorsuale concernente il reclutamento di oltre mille dirigenti non può avere articolazione temporale breve, e non è affatto dimostrato che, nel caso specifico, l'Amministrazione abbia travalicato i tempi congrui a essa relativi, ossia quei limiti di ragionevolezza, da rapportare alla complessità della selezione anche in ragione del numero dei candidati che la stessa giurisprudenza della Suprema Corte invocata dagli appellanti [...] richiama quale limite alla tutela risarcitoria, sotto il profilo dell'imputabilità soggettiva del danno”; V) 18 luglio 2017, n. 3520, secondo cui “L'azione risarcitoria innanzi al giudice amministrativo non è [...] retta dal principio dispositivo con metodo acquisitivo, tipica del processo impugnatorio, bensì dal generale principio dell'onere della prova ex artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c., per cui sul ricorrente gravava l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti della domanda al fine di ottenere il riconoscimento di una responsabilità dell'Amministrazione per danni derivanti dall'illegittimo svolgimento dell'attività amministrativa di stampo autoritativo, da ricondurre al modello della responsabilità per fatto illecito delineata dall'art. 2043 c.c., donde la necessità di verificare, con onere della prova a carico del (presunto) danneggiato, gli elementi costitutivi della fattispecie aquiliana, compreso il nesso di causalità tra il fatto illecito ed il danno subito”;

- q8) sulla responsabilità precontrattuale della p.a., su un piano generale: I) un originario orientamento (Cass. civ., sez. un., 5 agosto 1993, n. 9892, in *Corriere giur.*, 1994, 208, con nota di BATÀ; *Resp. civ.*, 1994, 437, con nota di SBURLATI), escludeva la configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo alla p.a. sul rilievo che essa “non è configurabile con riguardo allo svolgimento del procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, nell'ambito del quale l'aspirante alla stipulazione del contratto è titolare esclusivamente di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, onde difettano le condizioni strutturali per la configurabilità di «trattative» fra due soggetti e quindi di un diritto soggettivo dell'uno verso l'altro all'osservanza delle regole della buona fede, come stabilito dalla citata norma”; II)

tale impostazione è stata superata per effetto della “*scissione del procedimento in una fase negoziale e in una fase amministrativa*” (V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2021, I, 1379), sicché diviene rilevante il momento di rilevanza della buona fede: un primo orientamento stabilisce che “*Per configurare responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione aggiudicatrice occorre che la gara sia giunta ad uno stadio tale da avere ingenerato nel concorrente un affidamento consolidato in ordine alla favorevole conclusione della procedura*” (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2015, n. 1864, in *Foro it.*, 2015, III, 613, con nota di GALLI; III) un secondo orientamento ritiene che la buona fede operi con l’esternazione dell’invito ad offrire (Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, in *Foro it.*, 2015, I, 643, n. GALLI); IV) al secondo orientamento ha aderito la Plenaria con sentenza n. 5 del 2018, cit.;

- q9) quanto ai presupposti e sull’(in)efficacia delle clausole che escludono la responsabilità precontrattuale, Cons. Stato, sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907;
- q10) quanto alla tutela della p.a. nei confronti del privato e perimetro della giurisdizione esclusiva in materia di accordi: Cons. Stato, sez. III, n. 3755 (in *Guida al dir.*, 2016, 40, 84, con nota di MEZZACAPO; *Dir. proc. amm.*, 2017, 677, con nota di ROMANI); Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179, in *Foro it.*, 2016, I, 3047, con nota di TRAVI;
- q11) sulla responsabilità da mancata regolarizzazione contabile, *a posteriori*, di lavori disposti in via d’urgenza da un ente locale: Corte cost., ordinanza 6 febbraio 2001, n. 26, in *Finanza loc.*, 2001, 711, con nota di OLIVERI;
- q12) sulla responsabilità precontrattuale da revoca della procedura di gara per difficoltà finanziarie: Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4514 la quale ha, tra l’altro, evidenziato che “*Poiché il danno risarcibile per responsabilità precontrattuale -nella prospettiva non sanzionatoria, ma soltanto ripristinatoria, che connota tutto il sistema vigente della responsabilità civile- è commisurato al pregiudizio (sub specie di lesione del c.d. interesse negativo) effettivamente sofferto dalla parte contraente, la sua liquidazione non cambia a seconda della tipologia o della gravità della condotta contraria a buona fede ascritta alla pubblica amministrazione*”;
- q13) sulla responsabilità della p.a. in ipotesi di importo dell’appalto calcolato in violazione del prezzario di riferimento: Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2021, n. 5107, secondo cui “*Ammesso pure che la stazione appaltante abbia indicato negli atti di gara un prezzo a base d’asta non remunerativo dell’attività prestata, non è certo incolpevole l’operatore economico che abbia partecipato alla gara con un’offerta al ribasso di detto prezzo. Questi, infatti, è tenuto ad un dovere di*

- correttezza e serietà non meno di quanto sia tenuta l'amministrazione e, dunque, a formulare la sua offerta in maniera consapevole e meditata; e quindi, prima di dichiarare il ribasso offerto, ad esaminare se le condizioni imposte dall'amministrazione consentano la effettiva remunerazione dell'attività svolta";*
- q14) sulla responsabilità della p.a. in caso di *project financing*: Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368 (in *Gazzetta forense*, 2021, 149);
- q15) sulla responsabilità della p.a. in caso di tardivo ritiro di un bando in autotutela quando l'amministrazione era già da tempo a conoscenza dell'ineseguibilità dell'opera, cfr. Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 23 novembre 2020, n. 1092; Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237 (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2021, 1, 51, con nota di TREVISAN; *Giur. it.*, 2021, 921 (m), con nota di BARBERA);
- q16) sulla responsabilità discendente dall'indizione di una gara di un progetto esecutivo di ristrutturazione di un'opera pubblica, rivelatosi, al momento dell'avvio del cantiere, ineseguibile: Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8731;
- q17) sulla responsabilità precontrattuale in conseguenza di un annullamento in autotutela di concorso: Cass. civ., sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21528, secondo cui *"l'eventuale responsabilità della P.A. per l'accaduto non ha natura contrattuale, [...] trattandosi semmai di una tipica fattispecie di responsabilità precontrattuale (e dunque extracontrattuale) ex art. 1338 c.c., per avere la P.A., attraverso l'indizione di un concorso illegittimo e la successiva stipula in base ad esso di un contratto di lavoro nullo, leso l'affidamento altrui. Non ha dunque alcun fondamento la pretesa che dalla mancata esecuzione del contratto derivi di per sé, ex art. 1218 c.c., il diritto [...] al risarcimento del danno in misura pari alle retribuzioni perdute, spettando viceversa al medesimo, secondo le regole proprie della responsabilità extracontrattuale di cui quella precontrattuale costituisce specie [...] dimostrare l'esistenza di danni, non estesi al c.d. interesse positivo all'adempimento contrattuale [...] causalmente riconducibili al comportamento altrui";*
- r) sul procedimento amministrativo quale luogo elettivo di composizione degli interessi: Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116 (in *Foro it.*, 2020, I, 3715, con nota di D'AURIA G., DELLA VALLE, oggetto della News US in data 23 luglio 2020), secondo cui:
- r1) *"è nella sede procedimentale che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori*

interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela”;

r2) *“la struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l’emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all’art. 1 l. 7 agosto 1990 n. 241: efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza”;*

r3) *“viene in tal modo garantita, in primo luogo, l’imparzialità della scelta, alla stregua dell’art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell’interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell’amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.”;*

s) in dottrina:

s1) per un’ampia ricostruzione della responsabilità precontrattuale della p.a. e sua evoluzione nel tempo, tra gli scritti più recenti, cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2021, I, 1372 ss;

s2) sulla responsabilità dello Stato e della p.a. con particolare riferimento agli elementi costitutivi dell’illecito, con una lettura critica sull’assetto della giurisprudenza nazionale, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 201 ss., secondo cui *“Il principio di responsabilità dello Stato vale per qualsiasi violazione e per qualunque dei poteri pubblici che lo ponga in essere. Le condizioni della responsabilità sono tre. La prima: per dare luogo a responsabilità e a risarcimento, la norma che viene violata deve attribuire diritti [...]. La seconda: nel caso in cui lo Stato eserciti un potere discrezionale, questa violazione deve essere manifesta e grave [...], nella diversa ipotesi in cui eserciti un potere vincolato, il contenuto dei diritti violati deve poter essere individuato sulla base di disposizioni della direttiva [...]. La terza: vi deve essere un nesso causale tra la violazione dell’obbligo incombente sullo Stato e il danno subito da soggetti lesi. [...] La giurisprudenza comunitaria [...] mentre applica la prima e la terza delle condizioni menzionate a qualsiasi attività dello Stato, distingue quando si tratta di dimostrare la presenza della seconda condizione, chiedendo che vi sia una violazione sufficientemente caratterizzata, se lo Stato esercita un potere discrezionale, la sola violazione del contenuto di una direttiva, nel caso di potere vincolato. In un caso la prova è resa più difficile e la responsabilità ristretta, nell’altro vi è automatismo tra illegittimità del provvedimento e responsabilità. Il giudice italiano, non tenendo conto di questa distinzione cardine attorno a cui ruota il sistema della responsabilità comunitaria, prende a prestito quegli stessi elementi che definiscono la violazione grave e manifesta, li inserisce nella nozione di colpa oggettiva e li applica tout court all’attività amministrativa, tanto discrezionale, quanto vincolata, senza fare distinguo, se non in punto di maggiore o minore scusabilità. Ne consegue che*

l'onere probatorio gravante sul privato è maggiore se confrontato con quello richiesto dal sistema comunitario o, comunque, che l'amministrazione potrà sempre addurre a scusanti questi elementi. La corrispondente limitazione di responsabilità riflette una diversa concezione del rapporto amministrazione-privato, in cui la tutela della posizione del privato non è strumentale al perseguimento di obiettivi di sistema e, dunque, rappresenta per l'amministrazione ancora una limitazione al proprio potere, più che un vantaggio necessario. La seconda differenza, forse più nominale che sostanziale, riguarda la colpa. La Corte di giustizia ha espunto completamente dalle condizioni necessarie a configurare la responsabilità la colpa dello Stato membro. Quando, però, si parla di colpa, si intende «un elemento soggettivo, se si preferisce psichico o psicologico, che caratterizza – in senso appunto colposo o negligente o comunque nel senso che tradizionalmente si attribuisce all'espressione colpa – la condotta del soggetto cui viene imputata la violazione e con essa la responsabilità [CGUE, C-46/93 e C48/93, Conclusioni dell'avvocato generale, punto 85]». Le ragioni per l'esclusione di tale elemento risiedono nella difficoltà di individuare un comportamento colposo dei pubblici poteri in base a criteri simili che si usano per il diritto civile o penale. Ciò, però, che viene escluso è, quindi, la colpa in senso soggettivo, e cioè proprio quello che ha fatto la giurisprudenza italiana, passando da una nozione soggettiva ad una oggettiva di colpa. Rimane che l'ordinamento italiano inutilmente mantiene un concetto che come bene dimostra l'esperienza comunitaria, proprio perché completamente soggettivizzato diventa parte della definizione della violazione e non dello stato soggettivo dell'organo amministrativo".