

La quarta sezione del Consiglio di Stato sottopone ancora una volta al vaglio dell'Adunanza plenaria distinte questioni involgenti la *potestas iudicandi* sulla domanda di risarcimento del danno da provvedimento favorevole annullato in sede giurisdizionale oltre che relative alla configurabilità di un affidamento incolpevole e ai margini di rimproverabilità della condotta dell'Amministrazione idonea a suscitare detto affidamento.

L'ordinanza ha compiutamente ricostruito l'assetto degli orientamenti giurisprudenziali (sia delle Sezioni unite della Corte di cassazione, sia del Consiglio di Stato) e, non senza aver ribadito alcuni principi in punto di esercizio del potere e interesse legittimo, ha concluso per la non divisibilità della tesi secondo cui, in presenza di una pretesa risarcitoria del beneficiario di un provvedimento favorevole poi annullato, possa affermarsi la giurisdizione del giudice ordinario.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 11 maggio 2021, n. 3701 – Pres. Maruotti, Est. Di Carlo

Giustizia amministrativa – Giurisdizione – Risarcimento danni da provvedimento amministrativo favorevole annullato – Deferimento all'Adunanza plenaria

Responsabilità civile della P.A. – Annullamento giurisdizionale di un provvedimento favorevole – Lesione dell'affidamento del beneficiario – Tutela risarcitoria – Deferimento all'Adunanza plenaria

Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

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

b) qualora sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda sub a) del controinteressato soccombente, quando sia giuridicamente configurabile un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo';

c) qualora sussista la giurisdizione amministrativa e quand'anche si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole' del controinteressato soccombente, quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione (1).

(1) I. – Con l’ordinanza in rassegna, la quarta sezione del Consiglio di Stato ha deferito all’Adunanza plenaria le questioni involgenti la responsabilità della pubblica amministrazione e le connesse questioni di giurisdizione discendenti dalla caducazione, in sede giurisdizionale, di un provvedimento ampliativo rilasciato al privato.

Analoghi quesiti hanno costituito oggetto di deferimento alla Plenaria da parte di Cons. Stato, sez. II, 6 aprile 2021, n. 2753 (oggetto della News US in data 4 maggio 2021) e Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2021 n. 2013 (quest’ultima citata a più riprese nell’ordinanza in rassegna e oggetto della News US in data 26 marzo 2021 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento).

II. – Più precisamente, sul versante fattuale della vicenda procedimentale e contenziosa, è accaduto che:

- a) il dante causa della ricorrente in primo grado ha chiesto ed ottenuto, nel 2006, una variante al p.r.g. che ha attribuito destinazione edificatoria all’area di sua proprietà in conseguenza della quale è stato rilasciato il permesso di costruire, poi volturato a seguito di compravendita stipulata tra le parti;
- b) successivamente, sono stati avviati i lavori di costruzione di due unità immobiliari;
- c) nel frattempo, la vicina di casa – che aveva impugnato l’atto di pianificazione, il primo titolo edilizio e il permesso di costruire in variante – ha ottenuto l’annullamento giurisdizionale (con la sentenza T.a.r. per le Marche, sez. I, 1° agosto 2011, n. 630 confermata con sentenza Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2014, n. 3114) della variante urbanistica per vizi propri e dei permessi di costruire per illegittimità derivata;
- d) nel corso del 2015, il Comune – al dichiarato fine di ottemperare alle suddette sentenze e ritenendo che nella specie potesse trovare applicazione l’art. 38 del testo unico sull’edilizia n. 380 del 2001 – ha emanato un atto di sanatoria delle opere edilizie in questione, contestato a sua volta dalla medesima vicina di casa, che nuovamente ha adito il T.a.r. per le Marche con ricorso di esecuzione per violazione del giudicato;
- e) il T.a.r., con la sentenza 8 ottobre 2015, n. 698, ha accolto anche questo secondo ricorso e ha ingiunto la demolizione di quanto già realizzato;
- f) a seguito di tale pronuncia, la proprietaria dell’area originariamente edificabile per effetto della originaria variante al p.r.g. ha proposto il ricorso di primo grado, ritenendosi ingiustamente lesa dalla ‘condotta’ tenuta dal Comune;
- g) il ricorso è stato accolto con sentenza T.a.r. per le Marche, sez. I, 6 giugno 2020, n. 268;

- h) avverso la predetta sentenza il Comune, condannato, tra l'altro, al risarcimento dei danni, ha interposto appello in seno al quale – previa reiezione di alcune questioni in rito con contestuale sentenza parziale – si è innestato l'odierno deferimento all'Adunanza plenaria.

III. – Con l'ordinanza in commento il Collegio ha osservato che sussistono tre interrogativi da dirimere, sia sul versante della giurisdizione, sia sul versante della lesione del legittimo affidamento:

- i) un primo quesito attiene all'individuazione del giudice (civile o amministrativo) fornito di giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno proposta dal destinatario di una favorevole variante urbanistica e dei conseguenti 'provvedimenti ampliativi', per i pregiudizi conseguenti all'annullamento dei medesimi provvedimenti, disposto dal giudice amministrativo in accoglimento di un altrui ricorso;
- j) la questione di principio riguarda non solo i casi in cui in una materia sussista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (nella specie, la controversia riguarda le conseguenze dell'annullamento di atti di pianificazione e di permessi di costruire, dunque di atti emanati nelle materie dell'urbanistica e dell'edilizia), ma anche i casi in cui sussista la giurisdizione amministrativa di legittimità, quando il soggetto controinteressato nel processo amministrativo – una volta che si sia determinata la soccombenza 'sua e dell'Amministrazione' con l'annullamento di un favorevole atto impugnato – intenda ottenere dall'Amministrazione medesima un risarcimento del danno, proprio perché è stato emanato il provvedimento per lui favorevole, ma che poi è stato annullato, in quanto illegittimo;
- j1) sulla questione di giurisdizione in esame si sono *funditus* pronunciate le tre ordinanze Cass., sez. un., 3 marzo 2011 n. 6596 (in *Foro it.*, 2011, I, 2387, con nota di TRAVI; *Corriere giur.*, 2011, 933, con nota di DI MAJO; *Urbanistica e appalti*, 2011, 915, con nota di MASERA; *Giust. civ.*, 2011, I, 1209, con nota di LAMORGESE; *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1749 (m), con nota di SCOGNAMIGLIO; *Giust. civ.*, 2011, I, 2315 (m), con nota di D'ANGELO; *Giur. it.*, 2012, 193, con nota di COMPORTI), 3 marzo 2011, n. 6595 (in *Foro it.*, 2011, I, 2387, con nota di TRAVI; *Corriere giur.*, 2011, 934, con nota di DI MAJO; *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1748 (m), con nota di SCOGNAMIGLIO; *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 406, con nota di CAPONIGRO; *Giust. civ.*, 2011, I, 2315, con nota di D'ANGELO; *Giur. it.*, 2012, 193, con nota di COMPORTI); 3 marzo 2011, n. 6594 (in *Foro it.*, 2011, I, 2387, con nota di TRAVI; *Giust. civ.*, 2011, I, 1209, con nota di

LAMORGESE; *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1743, con nota di SCOGNAMIGLIO; *Giust. civ.*, 2011, I, 2316 (m), con nota di D'ANGELO; *Giur. it.*, 2012, 192, con nota di COMPORTEI; *Giust. civ.*, 2012, I, 2769 (m), con nota di SALVAGO) che hanno concluso per la giurisdizione del giudice ordinario su tre fattispecie differenti ma riconducibili alla stessa regola;

- j2) con altre pronunce, nel tempo, le Sezioni unite hanno affermato principi non sempre in linea con quelli posti a base delle stesse citate ordinanze, giungendo anche ad affermare la giurisdizione del giudice amministrativo;
- j3) il contrasto si è, invero, verificato anche nella giurisprudenza amministrativa, come evidenziato nell'ordinanza Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2021 n. 2013, cit.;
- j4) in linea di principio, in fattispecie quale quella oggetto di giudizio, si dovrebbe affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, ai sensi degli articoli 7 e 133 cod. proc. amm., poiché: I) sul piano sostanziale, non può essere sottovalutata la natura tipicamente relazionale dell'interesse legittimo pretensivo, e cioè della posizione (che come l'interesse legittimo oppositivo o difensivo) correlata all'esercizio pur illegittimo del pubblico potere; II) 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; III) 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; IV) 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' (categoria incongruamente richiamata quando si tratti dell'esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere, come ha chiaramente evidenziato anche la sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021 n. 7, oggetto della News US in data 13 maggio 2021); V) deve, dunque, ritenersi che l'interesse pretensivo risulta di per sé lesivo quando l'Amministrazione emana il diniego avente natura autoritativa, ovvero resta inerte (risultando illogico e in

contrasto con la legge n. 241 del 1990 l'affermare 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); VI) l'interesse pretensivo costituisce il presupposto logico-giuridico del diritto che poi vanta il richiedente, qualora in accoglimento dell'istanza vi sia il rilascio di un atto abilitativo e ridiventa configurabile quando 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; VII) 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); VIII) 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; IX) 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 *quomodo* del precedente esercizio del potere amministrativo; conseguentemente si deve verificare se il vizio dell'atto – oltre ad aver comportato il suo annullamento – deve avere conseguenze sul piano risarcitorio; X) per un principio di simmetria, la lesione arrecata all'interesse legittimo è configurabile sia quando l'istanza non sia accolta e vi sia un diniego poi annullato su ricorso del richiedente, sia quando l'istanza sia accolta e il titolo abilitativo sia annullato su ricorso di chi vi abbia interesse: in entrambi i casi, non sono ravvisabili (*ab origine* o a seguito dell'atto o della sentenza di annullamento) diritti soggettivi e rileva l'art. 7, comma 1, cod. proc. amm.; XI) ragionando diversamente, si produrrebbe un ingiustificato e irragionevole scollamento tra fatto e diritto, tra procedimento e processo, sottraendo al giudice amministrativo una parte fondamentale dell'agire amministrativo, e cioè quello autoritativo manifestatosi attraverso provvedimenti favorevoli al richiedente, ma giuridicamente non rispettosi del paradigma legale; XII) in

altre parole, la pretesa risarcitoria – quando si basa su quanto è accaduto in sede di esercizio del potere amministrativo ‘autoritativo’ o nel corso del procedimento amministrativo – non è riconducibile ad un comportamento o a una condotta di rilievo privatistico ovvero svolta ‘in via di mero fatto’ e che potrebbe essere serbata da un *quisque de populo* in spregio al principio del *neminem laedere*, ma consiste sempre nella affermazione della illegittimità dell’esercizio (o del mancato esercizio) del potere amministrativo, disciplinato dal diritto pubblico; XIII) sotto l’aspetto normativo, la domanda risarcitoria si basa – nella vicenda oggetto di trattazione – non sulla illiceità di un ‘comportamento’ (comunque riconducibile all’esercizio del potere), bensì sull’emanazione sia pure illegittima del provvedimento autoritativo, con la conseguente applicazione dell’art. 7, comma 1, e dell’art. 133, comma 1, lettera f), cod. proc. amm., per il quale sussiste la giurisdizione esclusiva sulla medesima domanda risarcitoria: è ben difficile sostenere che la domanda risarcitoria non abbia per ‘oggetto’ il ‘come’ sia stato esercitato il potere amministrativo con il provvedimento annullato (e nella materia urbanistica, nel caso in esame), per i chiari enunciati dell’art. 7 e dell’art. 133 sopra richiamati; XIV) ragioni di coerenza sistematica impongono di ritenere che – una volta annullato un atto abilitativo – il giudice amministrativo abbia giurisdizione su ogni domanda risarcitoria proposta nei confronti dell’Amministrazione (quella formulata da quel vicino che impugni il permesso di costruire e quella formulata dal titolare del permesso di costruire, che sia la parte controinteressata nel giudizio di cognizione proposto contro tale provvedimento); XV) affermare la sussistenza della giurisdizione del giudice civile sembra dunque contrastare anche con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, per la quale il giudice amministrativo è il ‘giudice naturale dell’esercizio della funzione pubblica’: tale funzione si deve necessariamente sindacare quando si esamina la domanda risarcitoria, formulata dal controinteressato risultato soccombente nel giudizio amministrativo di legittimità;

- k) per l’ipotesi di sussistenza della giurisdizione amministrativa, devono essere approfonditi – ciò che è oggetto degli altri due quesiti posti alla Plenaria – il rilievo da attribuire, nei singoli casi, all’affidamento, nonché la determinazione dei presupposti in base ai quali si possa effettivamente ritenere che esso sia ‘incolpevole’ ovvero che possa escludersi la rimproverabilità della condotta dell’amministrazione, dovendosi sempre tenere conto delle peculiarità della fattispecie concreta, da apprezzarsi caso per caso, alla luce degli accadimenti effettivamente svoltisi nel corso del procedimento amministrativo e considerando

le modalità con cui è stata presentata l'istanza poi accolta dall'Amministrazione con l'atto poi annullato.

IV. – Per completezza si segnala:

- l) sulla giurisdizione del giudice ordinario in materia di domanda di risarcimento del danno derivante da atto favorevole al destinatario successivamente annullato ovvero da inerzia nella repressione di abusi dovuti a omessa vigilanza ovvero a omessa esecuzione di provvedimenti repressivi:
 - 11) Cons. Stato, Ad. plen., 7 settembre 2020, n. 17 (in *Foro it.*, 2021, III, 33, con nota di E. TRAVI; oggetto della News US, n. 107 del 28 settembre 2020, che (al § 8.1.) riconosce espressamente la piena operatività dell'indirizzo espresso dalla Corte di cassazione;
 - 12) Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236 (in *Giur. it.*, 2020, 2530, con nota di COMPORTI; *Corriere giur.*, 2020, 1025, con nota di SCOGNAMIGLIO; *Riv. giur. edilizia*, 2020, I, 461; *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1181, con nota di PATRITO; *Nuova giur. civ.*, 2020, 1074, con note di ZACCARIA, SCOGNAMIGLIO; *Giornale dir. amm.*, 2020, 805, con nota di BONTEMPI; *Rass. dir. civ.*, 2020, 959, con nota di MANFREDONIA), citata nell'ordinanza in rassegna;
 - 13) Cass. civ., sez. un., 19 febbraio 2019, n. 4889 (in *Foro it.*, 2019, I, 4066, con nota di richiami di BORGIANI, alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali);
 - 14) Cass. civ., sez. un., ordinanza, 24 settembre 2018, n. 22435 (oggetto della News US, in data 8 ottobre 2018);
 - 15) Cass. civ., sez. un., ordinanza 22 giugno 2017, n. 15640 (oggetto della News US, in data 4 luglio 2017);
 - 16) Cass. civ., sez. un., 16 dicembre 2016, n. 25978 (oggetto della News US, in data 9 gennaio 2017);
 - 17) in dottrina, per una nitida ricostruzione del tema e per ulteriori approfondimenti: NERI, La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario, in www.giustizia-amministrativa.it, Studi e rassegne Ufficio studi della G.A., 2021;
- m) sul diritto al risarcimento del danno da provvedimento favorevole poi annullato e da inerzia della P.A., come fattispecie lesive dell'affidamento privato, si vedano, tra le altre: Cons. Stato, Ad. plen., 7 settembre 2020, n. 17, cit. (e relativa News US, n. 107 del 28 settembre 2020).