

**PROFILI GIURISDIZIONALI E DANNO PER LESIONE
DELL'AFFIDAMENTO INCOLPEVOLE. PUNTI
RIASSUNTIVI, GIURISPRUDENZA, RIFLESSIONI GIÀ
EMERSE E CONSIDERAZIONI NUOVE IN ATTESA
DELLA DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA**

di MICAELA LOPINTO

SOMMARIO: Abstract; **1.-** Ordinanza di rimessione n. 2013 del 2021; **1.1-** Segue: i quesiti giuridici sottoposti all'attenzione dell'Adunanza Plenaria; **2.-** I profili giurisdizionali: principi generali e quesiti processuali; **3.-** I profili "di danno": orientamenti già noti, quesiti nuovi e possibili soluzioni; **4.-**Riflessioni conclusive in attesa della Adunanza Plenaria.

Abstract Ita

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo, incardinata la giurisdizione, di riassumere i principali orientamenti emersi in materia di risarcibilità del danno per lesione dell'affidamento incolpevole, proponendo, in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, alcune ricostruzioni critiche.

Abstract Eng

After a short discussion about the jurisdictional profile of the case, this paper wants to sum up the best case law about the choice to condemn the public administration to pay damages created by the hurt of private guiltless confidence to obtain (or not) an authorization for building works.

1.- Ordinanza di rimessione n. 2013 del 2021.

L'ordinanza in commento presenta, sotto un profilo teorico, numerosi elementi di interesse. Al fine di poterli sviscerare in modo compiuto, può essere utile partire dall'esame del caso concreto. Il ricorso che ha costituito il substrato per questo dibattito trova fondamento nella richiesta risarcitoria che una società X aveva presentato al Tar Y al fine di ottenere il risarcimento dei danni da essa subiti in conseguenza dell'annullamento di una concessione edilizia e delle sue successive varianti (l'annullamento, nel caso di specie, era stato disposto dal Tar, tramite sentenza confermata dal Consiglio di Stato ed avvalorata dal rigetto del ricorso per revocazione, mediante decisione della medesima sezione del Consiglio di Stato). Il Comune di Z, per contro, eccepiva in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore dell'autorità giudiziaria ordinaria (in aggiunta, il Comune eccepiva la tardività del ricorso per violazione del termine di cui all'art. 30 comma terzo del processo amministrativo).

Sotto il profilo giurisdizionale, il Tar Y ha, per contro, ritenuto sussistente la propria giurisdizione.

La società X ha interposto appello avverso tale sentenza, articolandolo in due motivi di impugnazione: **a.) il difetto di giurisdizione, nonostante la stessa fosse stata dichiarata sussistente, come poc'anzi affermato, dal Tar e la stessa società avesse incardinato il ricorso di primo grado dinanzi al Tar per ottenere dal Comune di Z il risarcimento;** **b.)** il secondo volto ad affermare la presenza di una lesione di un affidamento risarcibile. Si tratta dei due motivi di impugnazione, giurisdizione dello stesso ricorrente e risarcibilità dell'affidamento incolpevole, su cui si intenderà soffermare maggiormente l'attenzione.

Il Comune di Z, ancora, eccepiva l'inammissibilità e dunque l'infondatezza del motivo d'impugnazione inerente al lamentato difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Occorre, quindi, evidenziare, ai fini di una migliore comprensione delle critiche che in questa sede si muoveranno, come tanto il Comune di Z quanto la società X abbiano presentato, prima o dopo, la medesima doglianza. Pertanto non solo sussiste un fenomeno di proposizione di una doglianza giurisdizionale in favore dell'AGO da parte della stessa parte

processuale che aveva presentato il ricorso dinanzi al Tar, ma sussiste anche una duplice richiesta di difetto di giurisdizione di entrambe le parti processuali, seppur presentata in momenti diversi. Il Comune di Z, infatti, aveva, in primo grado in via pregiudiziale, richiesto di dichiarare il difetto di giurisdizione amministrativa in favore di quella ordinaria; successivamente, dopo l'appello della società, aveva eccepito l'infondatezza del motivo d'impugnazione con cui la società appellante aveva chiesto di dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, dalla stessa adito in primo grado, in favore del giudice ordinario. La questione giurisdizionale, pertanto, oltre ad essere particolare, evidenzia una forma di incongruenza delle difese (NB. sul punto occorre ricordare in quale modo lo stesso Consiglio di Stato ha chiarito che *<<un'eventuale richiesta di declaratoria di difetto di giurisdizione formulata dall'odierna appellante in primo grado sarebbe irrilevante ai fini dell'ammissibilità del primo di motivo d'impugnazione, atteso che l'interessata avrebbe potuto, ma non lo ha fatto, utilizzare il rimedio processuale del regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 10 del codice del processo amministrativo>>*. Ancora, il collegio ha ripetutamente affermato che il soggetto che ha proposto un ricorso al giudice amministrativo non può poi contestare la giurisdizione, dal momento che l'originario ricorrente non è soccombente in punto di giurisdizione). Pur tuttavia, si può osservare che se si fosse deciso sulla questione giurisdizionale, ad esempio accogliendo *de plano* l'eccezione del difetto di giurisdizione, non si sarebbe potuta affrontare la questione giuridica di merito inerente l'affidamento incolpevole. Dunque, può considerarsi, ai fini di studio, opportuna e, soprattutto, "fortunata" la scelta di rimettere tutte le questioni alla Adunanza Plenaria evitando di attribuire sin da subito al profilo giurisdizionale un carattere assorbente e permettendo così all'Adunanza di decidere, se riterrà, pienamente anche sulla interessante tematica dell'affidamento incolpevole.

1.1- Segue: i quesiti giuridici sottoposti all'attenzione dell'Adunanza Plenaria.

Evidenziato il contenuto, anche fattuale, dell'ordinanza di rimessione ed accennati i dubbi concernenti il profilo

squisitamente processuale, può essere utile ripercorrere per punti i quesiti giuridici che la II sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto di dover sottoporre all'attenzione dell'Adunanza Plenaria. Gli stessi possono essere riassunti, con l'ausilio della pronuncia, in cinque punti, e precisamente:

1.- se sia ammissibile la contestazione della giurisdizione del giudice amministrativo, formulata dalla parte che aveva introdotto il giudizio dinanzi al Tribunale Amministrativo, quando il giudizio è stato introdotto in un contesto ordinamentale e giurisprudenziale diverso;

2.- se il giudice possa comunque affrontare la questione della giurisdizione in generale, anche in caso di declaratoria d'inammissibilità;

3.- se sussista la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere una domanda del privato diretta ad ottenere condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo favorevole all'interessato (titolo edilizio);

4.- se il privato possa vantare un legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo annullato, idoneo a fondare un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione;

5.- quando e se è possibile riconoscere al privato un diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole.

2.- I profili giurisdizionali: principi generali e quesiti processuali.

Volendo ora soffermare più nel dettaglio l'attenzione sulla questione processuale e, precisamente, sulla questione inerente l'eccezione di difetto di giurisdizione del "ricorrente originario", può essere utile chiarire come, nonostante la palese incongruenza tra difese ed eccezioni, si possa porre l'accento sulle ragioni intrinseche di tali incongruenze. Le stesse costituiscono, infatti, *la ratio* di un orientamento emerso in alcune pronunce delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, secondo il quale l'eccezione di difetto di giurisdizione può essere proposta anche dal "ricorrente originario" che successivamente ritenga privo di giurisdizione l'organo adito, per due ragioni:

1. la questione di giurisdizione è preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito;

2. non è espressione di abuso del processo la presentazione di eccezioni con le quali si contesta la giurisdizione amministrativa precedentemente adita, in una controversia in cui sono sorti o ci sono oggettivi dubbi (effettivamente esistenti nel caso in esame) sui profili delle tutele processuali.

Restano, tuttavia, le perplessità dettate dalla circostanza secondo la quale l'eccezione della cd. "parte originaria", che ha incardinato il giudizio era stata presentata anche dalla "controparte processuale/amministrazione comunale", ma in primo grado, con conseguente incidenza dei predetti profili sulle stesse difese. Ciò che si fa più fatica a comprendere è come si possano contestare giuridicamente in modo analogo ma in gradi diversi i profili giurisdizionali, tenendo conto che i predetti profili si reggono su principi che, per una ragione o per un'altra, costituiscono la base delle doglianze in punto di merito. La giurisdizione esclusiva, infatti, pur consentendo al giudice amministrativo di conoscere sia dei diritti soggettivi sia degli interessi legittimi, comunque risente dell'esercizio anche mediato del potere amministrativo e l'esistenza di tale connessione anche mediata con il potere incide sotto il profilo delle opzioni risarcitorie. Non a caso, sono devolute in materia urbanistica al giudice ordinario solo le questioni "monetarie" che nulla hanno a che fare con i criteri determinativi del *quantum* degli indennizzi. Ci si chiede, pertanto, quale sia l'utilità della presentazione di una difesa omogenea rispetto a quella della società X, seppur nei limiti del primo grado, da parte del Comune di Z, in una situazione giurisprudenziale che legittimava/giustificava la mancata presentazione dell'eccezione in punto di giurisdizione. Sebbene le questioni giurisdizionali costituiscano negli atti una scelta ovviamente "obbligata", sotto un profilo puramente strategico (ed in questa sede, lo si ripeterà all'infinito, "prettamente teorico" e dettato da esigenze argomentative, pertanto svincolato dalle realtà processuali concrete) l'eccezione in primo grado del difetto di giurisdizione amministrativa in favore di quella ordinaria appare più difficile da comprendere se si pensa alla, preziosa in questo caso, giurisprudenza sul danno da ritardo, in relazione alla quale sussiste una utile plenaria che nega il risarcimento in caso di

infondatezza della spettanza del bene della vita. E si sa, il danno da ritardo rientrava pacificamente fino a poco tempo fa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. I dubbi permangono anche tenendo conto della recente pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni Unite del 28 aprile 2020, n. 8236 (che, ad esempio, giustifica la dicitura <<*contesto ordinamentale e giurisprudenziale diverso*>> di cui al punto 1 del par. 1.1.). Con la predetta decisione si è "spostato" il danno da mero ritardo nella giurisdizione ordinaria. Anche in questo caso, la scelta della difesa omogenea, pur apparendo molto più facilmente condivisibile, si presta sempre a considerazioni, se non critiche, di convenienza. L'avvenuto spostamento giurisprudenziale della giurisdizione in materia di risarcimento del danno da mero ritardo nell'orbita della giurisdizione ordinaria, infatti, anche se fatto mentalmente retroagire ai tempi del primo grado, comunque non rende conveniente la scelta del Comune di Z di eccepire il difetto di giurisdizione in quanto le argomentazioni poste a sostegno di questo mutamento giurisprudenziale, di cui si dirà meglio nell'ultimo paragrafo, si prestano a spezzare una lancia a favore della società X e non del Comune di Z. Se, infatti, si riconosce rilievo autonomo alla situazione giuridica soggettiva di affidamento incardinandola nell'ambito di una situazione puramente civilistica totalmente avulsa dalla dimensione del pubblico potere, ottenere dei "ristori" diventa forse un pò più semplice. Volendo considerare superato in questi termini il profilo più squisitamente processuale, anche ai fini dell'approfondimento dell'ultima critica mossa (dettata da finalità argomentative), si può esaminare la questione giurisdizionale da un punto di vista più vicino ad un profilo di diritto amministrativo sostanziale. Più precisamente, la tematica inerente la risarcibilità dell'affidamento incolpevole è oggetto di forte contrasto, tanto da aver dato vita a due distinti orientamenti:

1. secondo un primo orientamento, può dirsi rientrante nella giurisdizione ordinaria la domanda di risarcimento proposta nei confronti della pubblica amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo. Le ragioni della predetta posizione risiedono nella circostanza secondo la quale la posizione giuridica vantata dal privato non sarebbe una

autonoma posizione di interesse legittimo. Più precisamente, non si contesta in questa sede la legittimità o meno del provvedimento. Ciò che si contesta è il comportamento mero e scorretto di una pubblica amministrazione, non improntata ai principi di correttezza, che ha emanato un provvedimento ampliativo risultato poi illegittimo. In altri termini *<<il consociato che ha beneficiato di un provvedimento soddisfacente legittimo poi annullato si duole del danno derivante dall'affidamento causatogli dall'emissione del provvedimento e, quindi, non introduce una controversia sull'esercizio del potere amministrativo, ma intende sindacare il comportamento dell'amministrazione nella sua oggettiva idoneità a determinare l'affidamento, quale fatto storico; l'interesse legittimo soddisfatto dal provvedimento illegittimo, risulta insoddisfatto legittimamente e, dunque, senza che si configuri alcuna sua lesione ai sensi dell'art. 2043 cc.; ciò che il privato denuncia è la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio; il danno ingiusto è individuabile nel fatto che il privato, in seguito al provvedimento favorevole illegittimo, ha sopportato perdite o mancati guadagni a causa dell'agire della pubblica amministrazione. La fattispecie costitutiva del danno ingiusto risulta riconducibile ad una fattispecie complessa rappresentata dall'essere stato l'agire dell'amministrazione determinativo di affidamento incolpevole e dalla rimozione del provvedimento illegittimo>>*.

2. secondo un diverso orientamento, si è affermato che nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, le domande relative al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposte sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati rientrerebbero nell'ambito della cognizione del giudice amministrativo. Ciò che si contesta non è un comportamento mero, bensì un comportamento amministrativo che, come tale, risente (anche solo mediatamente) dell'esercizio del pubblico potere. I danni lamentati dal privato sarebbero pur sempre conseguenza dell'attività amministrativa proceduralizzata e non di un semplice comportamento.

Soluzione del contrasto nel caso di specie: nella consapevolezza del così succintamente delineato contrasto giurisprudenziale, la II Sez. del Consiglio di Stato ha evidenziato

che la giurisdizione, in relazione al caso in esame, sembra essere quella amministrativa. Le ragioni della scelta di incardinare la giurisdizione nelle maglie della giurisdizione amministrativa si basano sulla considerazione secondo la quale il ricorso presentato non si fonderebbe su un mero comportamento della amministrazione comunale, <<ma sulla circostanza che essa aveva rilasciato un permesso a costruire sulla base di un'interpretazione poi rivelatasi errata di una sua norma regolamentare. Non di mero comportamento trattasi, ma di una vera e propria attività amministrativa procedimentalizzata [in quanto il provvedimento non è un provvedimento abnorme ma solamente illegittimo, pertanto non ci sono modi per degradarlo a "comportamento mero"]>>. Tale rilievo consente di riflettere su altri due aspetti, strettamente correlati. In primo luogo, a riprova della correttezza dell'incardinamento della questione dinanzi al Tar/GA si pone la stessa lettera F. dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo <<atteso che l'ordinamento attribuisce, in ossequio al principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, alla cognizione del giudice amministrativo tutti gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dall'esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l'amministrazione e che la circostanza che il danno non sia direttamente cagionato dal provvedimento, ma derivi dal suo annullamento, attiene soltanto al piano cronologico e non a quello logico ed eziologico>>. Diversamente opinando, infatti, si arriverebbe a violare non solo il principio della concentrazione delle tutele ma si rischierebbe di dare vita a quella che la II Sez. - non a torto, viste le argomentazioni che sono state prospettate negli anni per contestare le "censure avverse" in materia di superamento della pregiudizialità della azione di annullamento in presenza di domanda risarcitoria - ha definito "giurisdizione frazionata" tra azione di annullamento e domanda risarcitoria connessa all'affidamento incolpevole.

3.- I profili "di danno": orientamenti già noti, quesiti nuovi e possibili soluzioni.

Una volta evidenziate le ragioni principali che stanno alla base della scelta di incardinare la giurisdizione dinanzi al giudice amministrativo, può essere utile chiarire i profili di danno e, precisamente, le ragioni che possono essere alla base

tanto di un accoglimento quanto di un rigetto della domanda risarcitoria da lesione dell'affidamento incolpevole.

Volendo cominciare con le ragioni che possono essere poste a favore dell'accoglimento della domanda della società ricorrente, si può provare a far leva su due principali questioni:

1. in primo luogo si è chiarito che è compito <<[...]*dell'Amministrazione comunale interpretare le leggi e in particolare i propri regolamenti e stabilire se la concessione edilizia (ora permesso per costruire) poss[a] essere rilasciat[a] o meno. Il richiedente la concessione deve poter confidare che l'interpretazione della norma da parte della autorità preposta a tale compito non costituisca un inganno e vi sarebbe un legittimo affidamento dell'istante in quanto l'atto amministrativo è assistito dalla presunzione di legittimità*>>;

2. in secondo luogo occorre dare atto degli orientamenti giurisprudenziali emersi in materia di affidamento. La II Sez. ha chiarito che l'affidamento <<*è un istituto [...] che taglia trasversalmente l'intero ordinamento giuridico e senza dubbio assume rilievo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni, anche nella fattispecie in cui vi è esercizio di potere di natura pubblicistica. Il Collegio ritiene che l'affidamento non sia 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 ed il torto civile*>>.

Soffermando, per contro, l'attenzione sulle questioni che possono essere poste a sostegno del rigetto della domanda di risarcimento si possono individuare altri quattro punti:

1. in primo luogo occorre evidenziare che in presenza di una sentenza di annullamento in sede giurisdizionale di un titolo abilitativo, il privato non può dolersi del danno per aver ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto che oggettivamente non poteva essere autorizzato. In tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quantomeno una propria colpa. Pertanto, non vi sono ragioni per garantire un ristoro sotto un profilo risarcitorio;

2. in secondo luogo per aversi un affidamento, giuridicamente tutelabile in capo al privato, <<*occorre una*

condotta della pubblica amministrazione connotata da mala fede o da colpa in grado di far sorgere nell'interessato 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>>;

3. in terzo luogo il collegio evidenzia che anche nell'ipotesi in cui vi dovesse essere un atteggiamento del privato connotato da buona fede, l'eventuale aspettativa non sarebbe in ogni caso legittima <<*siccome basata su una pretesa non tutelata dall'ordinamento*>>;

4. in quarto luogo ed in ultima analisi <<*il privato non soltanto non ha subito alcun danno ingiusto ma ha cagionato un danno al Comune, sia in relazione ad uno spreco delle limitate risorse umane e materiali dell'amministrazione per la trattazione della pratica, sia con riferimento all'interesse dell'amministrazione ad una corretta gestione del territorio, atteso che il Comune è l'ente esponenziale che ha il compito di pianificare, governare e tutelare l'armonico e sostenibile sviluppo urbanistico*>>.

Elencate per punti le ragioni a sostegno dell'accoglimento o del rigetto, la giurisprudenza amministrativa sembra essere propensa per la tesi del rigetto della istanza della società appellante. Le ragioni dell'accoglimento della seconda posizione possono essere così evidenziate:

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

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

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

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

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

4.- Riflessioni conclusive in attesa della Adunanza Plenaria.

A conclusione dell'*excursus* di esistenti contrasti e possibili motivazioni fin qui espressi, si può affermare che:

1. Nell'ambito dei giudizi inerenti il settore dell'edilizia e, precisamente, in materia di rilascio dei cd. "permessi per costruire", non appaiono, allo stato, esistenti ragioni per escludere la giurisdizione del GA e, dunque, per disattendere il tenore letterale della let. F. dell'art. 133 del codice del processo amministrativo, dal momento che l'eventuale danno scaturente dalla lesione dell'incolpevole affidamento che il privato fa nella legittimità del provvedimento amministrativo si atteggia alla stregua di logica e cronologica conseguenza dell'esercizio, almeno mediato, del potere amministrativo;

2. Conseguentemente, vi sono degli elementi, che tuttavia necessitano di ulteriori conferme, per disattendere quella giurisprudenza delle SSUU che incardina la giurisdizione delle domande di danno da lesione dell'incolpevole affidamento nell'alveo della giurisdizione ordinaria, facendo leva sulla considerazione secondo la quale l'eventuale danno scaturente dal provvedimento ampliativo poi annullato non avrebbe come presupposto l'esercizio scorretto del potere amministrativo, basato su una pretesa attorea/privata che, di fatto, non meritava

accoglimento, bensì un comportamento mero (totalmente avulso dal pubblico potere) della amministrazione, che, se fosse stata più trasparente, avrebbe potuto evitare di ingenerare una situazione di affidamento (per come giuridicamente inteso) del privato;

3. Ancora e continuando lungo la predetta linea, nel caso concreto, oggetto di interesse, vi sono delle peculiarità che consentono di negare il risarcimento. Ciò in quanto, a ben riflettere, le domande che il privato società X aveva inviato all'amministrazione comunale di Z miravano all'ottenimento di una concessione edilizia non conforme agli strumenti urbanistici, che, in quanto tali, perseguono degli interessi particolari, finalizzati al mantenimento di una sorta di "ordine urbanistico". L'istanza del privato era infondata *ab origine*, pertanto appare difficile riconoscere, tenendo a mente la *ratio* della giurisprudenza emersa in materia di ritardi procedimentali (per i quali si è negato il risarcimento in assenza di fondatezza della pretesa), delle poste risarcitorie meritevoli di erogazione;

4. Appare, tuttavia, meno condivisibile, in quanto superflua visti proprio i precedenti giurisprudenziali ancorati alla cosiddetta logica della spettanza in materia di risarcimento degli interessi procedimentali, la scelta di individuare un danno cagionato al Comune di Z., anche solo ai fini argomentativi del mancato accoglimento dell'istanza (*<<[...] le domande inoltrate dal privato all'amministrazione comunale erano volte ad ottenere una concessione edilizia e successive varianti non conformi agli strumenti urbanistici, cosicché non può essere riconosciuto un ristoro a chi non avrebbe avuto diritto, in una prospettiva ex ante, al bene della vita. [Inoltre] si evidenzia altresì che, presentando un'istanza infondata, il privato non soltanto non ha subito alcun danno ingiusto e, pertanto, ristorabile, ma, per tal via, ha egli cagionato un danno al Comune, sia in relazione ad uno spreco di limitate risorse umane e materiali dell'amministrazione per la trattazione della pratica, sia con riferimento all'interesse dell'amministrazione ad una corretta gestione del territorio atteso che il Comune è l'ente esponenziale che, in via diretta e primaria, ha il compito di pianificare, governare e tutelare l'armonico e sostenibile sviluppo urbanistico>>*). Il caso di specie non ha ad oggetto quello che è oggi pacificamente considerato un atto privatistico

di segnalazione dell'inizio dell'attività che, effettivamente, avendo come contrappeso l'esercizio di un potere inibitorio/repressivo solo postumo, può concretamente generare tale danno, scartando la tesi dell'atto amministrativo abilitativo tacito, effettivamente ad oggi non accolta. Il caso concreto verte su una richiesta di permesso per costruire che presuppone, come in qualsiasi procedimento amministrativo, un controllo *ex ante* dell'attività del privato che, da solo, non può svolgere, mediante l'esercizio di un potere che deve essere esercitato in questo come in ogni procedimento amministrativo. Era compito del Comune disattendere l'istanza, in quanto (anche) non conforme con l'assetto urbanistico/territoriale (che, come si è già accennato, presenta, come settore, dei profili peculiari), non compito del privato astenersi dal presentarla, salve sue condotte palesamente e propriamente "dolose" che, tuttavia, dal mero corpo della pronuncia in commento, unico atto del quale si dispone, non sembrano emergere;

5. Le posizioni sin qui riassunte sembrano essere anche coerenti, come a più riprese accennato, con quella giurisprudenza che, a seguito dell'introduzione dell'art. 2 bis della legge n. 241 del 1990, ha negato il risarcimento dettato dal "mero" ritardo, ovvero svincolato dalla posizione sostanziale del privato e, dunque, svincolato anche dal giudizio di fondatezza dell'istanza/spettanza del provvedimento favorevole ed ha incardinato la tematica pienamente nelle maglie della giurisdizione amministrativa, in conformità al dettato dell'art. 133 cpa.

6. Pur tuttavia, tenendo a mente quei granitici orientamenti, occorre ricordare come vi siano state pronunce che hanno affermato che anche il "tempo" costituisce bene della vita, meritevole di ristoro a prescindere dalla predetta spettanza. E, come è stato già in altra sede evidenziato, la Corte di cassazione a Sezioni Unite del 28 aprile 2020, n. 8236, ha rimesso in discussione la giurisdizione in materia di mero ritardo, spostandola nell'alveo della giurisdizione ordinaria (*<<[...]* *con le tre coeve ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 queste Sezioni Unite hanno ritenuto rientrate nella giurisdizione del giudice ordinario: - la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie, una*

concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela; - la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta da un privato per valutare la convenienza di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata; - la controversia avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione in una gara per l'appalto di un pubblico servizio, successivamente annullata dal giudice amministrativo, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo. [...Le predette ordinanze] 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, nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo>>).

7. Pertanto, in conclusione, pur essendoci, come evidenziato nei punti da **1** a **5**, numerosi elementi utili per poter superare l'orientamento delle Sezioni Unite sotto il profilo giurisdizionale e per negare il risarcimento sotto il profilo di merito, occorre in ogni caso dare atto dell'esistenza di altrettanti elementi, altrettanto forti ed utili, di natura non solo ordinaria ("Cassazione del 2020", della quale si è appena riportato un brano) bensì anche amministrativa ("fattore tempo considerato bene della vita in alcune pronunce del Consiglio di Stato"), che possono far propendere per una diversa visione, ovvero per il mantenimento della giurisdizione ordinaria; gli elementi di natura ordinaria perchè svincolano il comportamento dal potere pubblico, gli elementi di natura amministrativa perchè

contribuiscono ad individuare con più facilità dei profili risarcitori, dettati dal "tempo" perso dalla parte privata, il quale, per completezza può essere ricordato, costituisce fattore utilmente valutabile non solo nel diritto amministrativo (tempi procedurali) bensì anche nel diritto civile (responsabilità precontrattuale e aquiliana).

Tale differente posizione, che potrebbe andarsi delineando nonostante tutte le argomentazioni illustrate nei punti da **1** a **5**, non trova ostacolo alcuno, nè alcuna smentita, nell'evoluzione giurisprudenziale che ha interessato recentemente i diritti fondamentali, per i quali si sta optando per la via della giurisdizione amministrativa, in quanto ritenuta idonea ad apprestare una tutela piena, di pari valore rispetto alla giurisdizione ordinaria. Ciò in quanto il fondamento di questa più recente giurisprudenza risiede nel consolidamento di orientamenti già in essere da diverso tempo, che sono sorti per mezzo dei giudizi che hanno interessato il diritto fondamentale della salute (pensiamo al cd. caso "dell'energia elettrica") e che costituiscono una alternativa più flessibile rispetto, ad esempio, ad un nuovo intervento normativo, suggerito da tessuti costituzionali. Non si tratta solamente, in altri termini, di "scegliere la giurisdizione", bensì di "accorciare" i tempi delle tutele. Pertanto, la predetta tendenza non può essere considerata di ausilio alcuno nella risoluzione della questione.

Occorre, pertanto, attendere non solamente la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, bensì anche il dialogo che da essa scaturirà.

Sentenze:

- Ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del 2021 n. 2013 in www.giustiziaamministrativa.it con annesso commento/massima consultato nel mese di marzo 2021;

- Corte di cassazione a Sezioni Unite del 28 aprile 2020, n. 8236 in www.ratioiuris.it oppure www.eius.it consultati nel mese di marzo 2021.

Scritto il 31.03.2021