

**NOTA A CONSIGLIO DI STATO – ADUNANZA PLENARIA,
SENTENZE 29 novembre 2021, nn. 19 – 20 e 21**

*Provvedimento favorevole poi annullato: risarcibilità dell'affidamento incolpevole ingenerato
nel privato. Questioni giurisdizionali e di merito.*

*Il punto dopo la triade di sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 19, 20 e
21 del 2021*

Di ANNA LAURA RUM

Sommario: **1.** Le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria nn. 19 e 20 del 2021. **1.1.** Le questioni di diritto. **1.2.** Il riparto di giurisdizione: le due tesi opposte e la soluzione dell'Adunanza Plenaria. **1.3.** Il merito: se ed in che misura il privato può vantare un legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo poi annullato. **2** Il danno in concreto risarcibile: Adunanza Plenaria n. 21/2021.

1. Le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria nn. 19 e 20 del 2021.

1.1. Le questioni di diritto.

Con le sentenze gemelle nn. 19 e 20 del 2021, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata su questioni di diritto afferenti sia la giurisdizione che un profilo di merito.

In particolare, se sussista la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere una domanda del privato diretta ad ottenere la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento amministrativo – emanato dalla medesima amministrazione – favorevole all'interessato e se ed in che misura il privato possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo poi annullato.

1.2. Il riparto di giurisdizione: le due tesi opposte e la soluzione dell'Adunanza Plenaria.

In materia di giurisdizione, l'Adunanza Plenaria ha accolto un orientamento del tutto opposto a quello espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Quest'ultime, infatti, sostengono la tesi della giurisdizione del giudice ordinario, in tutte le materie, anche ove vi sia giurisdizione amministrativa esclusiva, affermando che viene in rilievo un diritto soggettivo, alla libertà di autodeterminazione negoziale.

E, secondo la Corte di Cassazione, questo diritto soggettivo del privato viene leso da un comportamento meramente materiale della Pa, svincolato dall'esercizio del potere: non sarebbe il provvedimento ad avere causato il danno, avendo infatti un contenuto favorevole, ma il comportamento scorretto della Pa, che contrariamente ai doveri di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c., avrebbe suscitato un affidamento nel privato, su un provvedimento favorevole, poi annullato (in autotutela o in sede giurisdizionale).

All'opposto, invece, si pone il ragionamento dell'Adunanza Plenaria, che con le ultimissime pronunce afferma sussistere un comportamento amministrativo della Pa, non meramente materiale, bensì strettamente collegato all'esercizio del potere.

La Plenaria delinea due livelli, fra loro distinti e autonomi, su cui si estende l'attività autoritativa della Pa: quello della validità provvedimentoale e quello della correttezza e buona fede (criterio oggi acquisito dal legislatore con l'art. 1 c. 2 bis L. 241/90).

Dunque, se la Pa viola le regole di correttezza e buona fede nell'esercizio dei poteri autoritativi, pone in essere un comportamento amministrativo, indirettamente collegato all'esercizio del potere. Per queste ragioni, con le sentenze nn. 19 e 20 del 2021, la Plenaria afferma che le controversie in materia devono sempre essere devolute al giudice amministrativo.

1.3. Il merito: se ed in che misura il privato può vantare un legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo poi annullato.

L'Adunanza Plenaria afferma che l'affidamento del privato, come tale, non è considerabile né un diritto soggettivo, né un interesse legittimo, ma, semmai, un principio regolatore dei rapporti giuridici, ben diverso da un'autonoma situazione giuridica soggettiva.

La Pa, dunque, è tenuta a tutelare l'affidamento del privato, quando esercita il potere.

In sostanza, secondo la Plenaria, il potere autoritativo della Pa incontra un limite, consistente nella tutela dei diritti soggettivi ed interessi legittimi del privato.

E, poi, se l'affidamento del privato verte sulla stabilità di un provvedimento a lui favorevole, e quindi alla conseguente conservazione del bene della vita ottenuto tramite quel provvedimento, l'affidamento risulta collegato ad un interesse legittimo.

Questo interesse legittimo, in particolare, per la Plenaria, è oggetto di una trasformazione in itinere: da pretensivo, nel momento in cui il privato chiede e attende il provvedimento a lui favorevole, a

oppositivo, nel momento in cui ottiene il provvedimento, rispetto a comportamenti o provvedimenti che lo aggrediscono.

Allora, conclude la Plenaria, il danno da lesione all'affidamento incolpevole del privato deriverebbe dalla lesione di un interesse legittimo oppositivo: la misura del risarcimento, però, non può stimarsi in relazione al valore del bene della vita ottenuto col provvedimento poi annullato, poiché proprio l'annullamento denota l'illegittimità del provvedimento e quindi la non spettanza del bene della vita.

Dunque, viene riconosciuta al privato la risarcibilità dell'affidamento incolpevole riposto sulla validità e legittimità del provvedimento, poi successivamente annullato.

2 Il danno in concreto risarcibile: Adunanza Plenaria n. 21/2021.

Secondo la Plenaria, quando c'è responsabilità precontrattuale, da comportamento scorretto, si deve risarcire il solo interesse negativo e non quello positivo, come invece nell'ipotesi di inadempimento.

L'interesse negativo, in particolare, si sostanzia nei costi sostenuti per avere subito interferenze illecite nelle proprie scelte negoziali, sì da indurre il danneggiato a stipulare contratti, inutilmente. Inoltre, rientrano nell'interesse negativo le chances contrattuali perdute in conseguenza del convincimento che il provvedimento favorevole, poi annullato, fosse, invece, legittimo.

In concreto, poi, la Plenaria sottolinea che il danno da lesione dell'affidamento incolpevole è risarcibile soltanto se l'affidamento ingenerato dal privato non sia frutto di dolo o colpa grave: insomma, non è risarcibile se l'illegittimità era manifesta, o, ancora, dopo la notifica di un ricorso avverso il provvedimento.

Più nel dettaglio, secondo la Plenaria, 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 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, entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo.



Allora, 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.

In definitiva, quindi, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il privato destinatario del provvedimento favorevole, poi annullato, 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.