Judicium
IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA
Pacini Giuridica

FRANCESCA FERRETTI

Lesione dell'affidamento del privato ad opera dalla P.A. e conseguenze sul riparto di giurisdizione.

[Nota a Ord. Cass. Civ. Sez. Un. n. 8236 del 28 aprile 2020]

Spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che 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.

SOMMARIO - 1. La vicenda. 2. L'inadeguatezza delle ipotesi ricostruttive adottate dal Comune. 3. La lesione del legittimo affidamento: l'evoluzione giurisprudenziale. 4. Il riparto di giurisdizione sui comportamenti della Pubblica Amministrazione. 5. L'oggetto di tutela: l'affidamento procedimentale. 6. La responsabilità da contatto sociale qualificato. 7. Conclusioni.

1. La vicenda su cui si è pronunciata la Corte di Cassazione a Sezioni Unite trae origine dalla proposizione di un regolamento di giurisdizione *ex* art. 41 c.p.c. da parte del Comune di Lignano Sabbiadoro, convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Udine dalla società De Candido Costruzioni s.r.l. con citazione notificata il 18.10.2016.
La società attrice esponeva di aver inoltrato a giugno 2012 un progetto per la realizzazione di una importante struttura alberghiera su un terreno di proprietà del Comune convenuto, con il quale sin da subito si era sviluppata un'intensa interlocuzione. Più in particolare, la società aveva presentato nel 2012, su richiesta del Comune, un piano attuativo comunale (PAC), poi modificato e integrato su indicazione dell'ente, sul quale la Commissione urbanistica aveva espresso opinione favorevole; nell'ottobre 2014, la società, d'intesa con l'amministrazione municipale, aveva chiesto l'archiviazione del PAC e presentato contestualmente richiesta di rilascio del permesso di costruire in deroga alle norme urbanistiche comunali; nel novembre 2014 l'Ente aveva chiesto il deposito di documentazione integrativa, mentre nel corso di tutto il 2015 si erano susseguite varie interlocuzioni, integrazioni documentali e variazioni progettuali. Nell'ottobre 2015, la Regione Friuli Venezia Giulia aveva reso parere negativo circa la compatibilità del progetto in esame con il PAIR (*Progetto di Piano Stralcio per l'Assetto Idrogeologico dei bacini idrografici della Laguna di Marano - Grado, ivi compresa la laguna medesima, del Torrente Slizza e del Levante*), con conseguente divieto di realizzazione degli interventi nella zona B2 (locali interrati e semi interrati) oggetto del progetto.
Il Comune pertanto adottava, in esecuzione del parere regionale, la variante urbanistica n. 48 con delibera consiliare del 26.4.2016 che trasformava in senso fortemente restrittivo il regime edilizio progettuale del territorio interessato, da zona B2 a B0/b (città giardino con corridoi verdi); infine, solo nel settembre 2016, l'Ente comunicava alla società interessata, con due messaggi di posta elettronica, l'impossibilità di costruire in deroga la struttura alberghiera e la necessità di attendere ulteriore parere regionale.
Esasperata dalle contraddittorie indicazioni dell'Ente, la De Candido Costruzioni S.r.l. conveniva il Comune davanti al giudice ordinario, lamentando non solo la violazione dei termini procedimentali fissati dall'articolo 24 comma 2 della legge regionale del Friuli Venezia Giulia n. 19/2009, ma soprattutto la circostanza che il Comune «si fosse comportato in modo ondivago (...) e avesse leso le aspettative ingenerate»; chiedeva pertanto il risarcimento del danno cagionato dal dispendio di tempo e di risorse economiche.
Con comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata, il Comune di Lignano Sabbiadoro sollevava eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, alla quale la società attrice replicava con la prima memoria *ex* art. 183 comma 6 c.p.c.; con ricorso dell'8 giugno 2017, il Comune convenuto proponeva allora regolamento preventivo di giurisdizione *ex* art. 41 c.p.c.; la De Candido Costruzioni S.r.l depositava controricorso, chiedendo dichiararsi la giurisdizione ordinaria.

2. La Corte di Cassazione, prima di risolvere la questione in punto di giurisdizione, ritiene doveroso soffermarsi sull'esame delle qualificazioni della vicenda prospettate dall'amministrazione convenuta, allo scopo di respingerle. Secondo la difesa del Comune, la controversia, da qualificarsi in termini di danno da ritardo per violazione dei termini procedimentali - mancando un provvedimento positivo reso dall'Amministrazione - rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. a) c.p.a., che attribuisce a tale giurisdizione «le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo».
In relazione a tale profilo, la Cassazione, correttamente interpretando le doglianze della società attrice, chiarisce che la stessa non ha lamentato un pregiudizio derivante dall'inerzia[1] dell'amministrazione comunale, per la vana attesa di un responso (positivo o negativo) sull'istanza del permesso di costruire[2]; per contro, essa si duole del comportamento attivo tenuto dal Comune, che ha ingenerato un affidamento incolpevole nell'esito positivo del procedimento concessorio; da ciò discende che «la *causa petendi* della domanda della società De Candido Costruzioni non è, quindi, l'inosservanza di un termine procedimentale, bensì la violazione dell'affidamento ingenerato dall'amministrazione comunale in un determinato esito favorevole alla società attrice, del procedimento».
Più complesso è stato il discorso riguardo all'affermazione del Comune per cui la controversia rientrerebbe nella giurisdizione del giudice amministrativo comunque ai sensi dell'art. 133 lett. f) c.p.a., norma che attribuisce alla predetta giurisdizione esclusiva le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica ed edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio. Nella fattispecie concreta tuttavia, il danno lamentato dalla società attrice non è causato da atti o provvedimenti resi dal Comune, ma dal solo «comportamento da questa tenuto nella conduzione dei rapporti tra i propri uffici e la stessa società (...). Un danno, cioè, da comportamento e non da provvedimento».
Pure con le necessarie precisazioni che si diranno (v. *infra*, par. 4) si precisa sin da ora che la giurisdizione sui comportamenti della P.A. appartiene al g.a. solo se sia dedotto in giudizio un comportamento avente valore provvedimentale o riconducibile mediatamente all'esercizio di un potere pubblico; ipotesi che non si verificano nel

---

[1] Inerzia qui andrebbe intesa come silenzio non qualificato, silenzio-rifiuto, silenzio-inadempimento, o silenzio mero, problema che« sorge quando l'inerzia non è prevalutata dalla legge», secondo la ricostruzione di F. G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p.3, recentemente riproposta da A. Travi, *Lezioni di Giustizia amministrativa*, Torino, 2019, p. 209. In argomento, sia consentito il rinvio, per tutti, a S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela: profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020.

[2] S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela: profili organizzativi e sostanziali*, cit., p. 118 ed ivi, nt. 72. Diverso è il danno ingiusto derivante dalla lesione dolosa o colposa dei termini di conclusione del procedimento amministrativo, di cui all'art. 2*bis* comma 1 L. 241/1990, che prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo, non già come mero effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno non altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato. Il mero «superamento» del termine fissato *ex lege* o per via regolamentare alla conclusione del procedimento costituisce indice oggettivo, ma non integra piena prova del danno risarcibile, spettando al danneggiato l'onere probatorio di tutti gli elementi costitutivi della propria pretesa *ex* art. 2697 c.c. In argomento, v. Cons. St. Sez. IV 10 giugno 2014 n. 2964, in *Dir. & Giust.,* 2014, 30 giugno; Cons. St. sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240, in *Redaz. Giuffrè amm.,* 2018; Cons. St. sez. VI, 03 dicembre 2018, n.6859, in *Dir. & Giust*, 2018, 31 dicembre; Cons. St. sez. V, 23 agosto 2019, n. 5810, in *Redaz. Giuffrè amm*., 2019. Di seguito ad un primo orientamento giurisprudenziale, che subordinava il riconoscimento del diritto al risarcimento all'ulteriore requisito della positiva attribuzione del bene della vita al privato da parte della P.A., negando la responsabilità da ritardo nell'adozione di un provvedimento, quando il predetto provvedimento, tardivamente adottato, era sfavorevole per il privato e non era stato tempestivamente impugnato (*cfr.* Cons. St. Ad. Plen., 15 settembre 2005, n.7, in *Giust. civ.*, 2006, 6/1, pp. 1329-1347, con nota di G. Micari, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo «mero» infittisce la «rete di contenimento»*; Cons. St., sez. IV, 08 febbraio 2018, n.825, in *Redaz. Giuffrè amm.,* 2018), ne è seguito uno più recente, che ha ammesso la sussistenza di un danno da ritardo a prescindere dal successivo riconoscimento della spettanza del bene della vita oggetto del provvedimento adottato, individuando nel tempo un bene della vita differente ed autonomo rispetto a quello perseguito con la richiesta pretensiva. Già in tali termini, *cfr.* Cons. St., 21 giugno 2013, n. 3405, in *Foro amm. CDS,* 2013, 6, p. 1661 ss., con nota di P. Cosmai, *Il danno da ritardo: tra risarcimento ed indennizzo*, in *Corr. Mer.*, 2013, 12, pp. 1206-1215. Tale impostazione è stata portata ad un'ulteriore evoluzione nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018 (alla quale fanno riferimento le sentenze del Consiglio di Stato n. 271 dell'11 gennaio 2019 e n. 6740 del 7 ottobre 2019, ne *Il Foro Amm.,* 2019, 9, pp. 1377-1418) che ha connesso il danno da mero ritardo alla lesione del diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale, nel senso che il ritardo nell'adozione del provvedimento induce il privato al compimento di scelte negoziali (fonti di perdite o di mancati guadagni) che questi non avrebbe compiuto, se avesse ricevuto una tempestiva risposta dalla P.A.

caso di specie, visto che le condotte rimproverate al Comune (rassicurazioni, pareri favorevoli, scambio di comunicazioni per posta elettronica), rappresentano attività meramente interlocutorie, inidonee a costituire esercizio di un potere oggettivamente pubblicistico da parte dell'ente pubblico[3].

3. Inquadrata correttamente la fattispecie, le Sezioni Unite si occupano poi di ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale in punto di riparto di giurisdizione per le azioni di responsabilità da provvedimento illegittimo favorevole, poi legittimamente annullato in via di autotutela o dal giudice amministrativo.

La Corte di Cassazione aveva già ritenuto sussistente la giurisdizione del g.o. nei casi sottesi alle tre coeve ordinanze nn. 6954, 6595 e 6596 del 2011[4], relative alle situazioni del proprietario di un suolo definito edificabile e pertanto oggetto di concessione edilizia (sent. 6594 e 6595) e dell'aggiudicatario di un appalto (sent. 6596), che, dopo aver ottenuto un provvedimento amministrativo favorevole e aver fatto affidamento sulla sua (apparente) legittimità, erano stati successivamente privati dei diritti acquisiti a seguito di annullamento dei relativi provvedimenti[5].

In queste ipotesi, «intervenuto l'annullamento d'ufficio o giurisdizionale per la riscontrata illegittimità» del provvedimento favorevole, i titolari del diritto ad edificare o ad eseguire l'appalto, essendone stati «giustamente privati (...) non possono invocare, adducendo la perdita di tale facoltà, il risarcimento del danno». Proprio perché la materia risarcitoria non costituisce autonoma ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma una forma di tutela dell'interesse ingiustamente leso dall'esercizio del potere amministrativo, la legittima privazione del diritto conseguente ad un provvedimento illegittimamente favorevole non consente, a monte, la tutela demolitoria e dunque non consentirebbe neppure, a valle, la conseguente azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo[6].

Una volta annullato, il provvedimento rileverebbe «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 pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione

---

[3] Giunge a tale conclusione M. Cerreto, in *Il principio del legittimo affidamento: i riflessi sul riparto tra giurisdizioni (nota a Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 8236 del 28 aprile 2020)*, in Giustamm.it, anno XVII, novembre 2020: «Il caso sottoposto all'esame della Corte, solo "apparentemente", si colloca nell'ambito dei comportamenti provvedimentali, tale per cui, dovrebbe derivarne la giurisdizione del g.a. a sensi degli artt. 7 co. 1 e 133 lett. f). Ed infatti, il Comune, è titolare del potere di rilasciare un provvedimento ampliativo a favore del privato. Tuttavia, il *petitum* non riguarda "le forme di esercizio del potere", la mancata concessione del provvedimento ampliativo, poi deluso dal diniego finale (del quale non viene messa in discussione la legittimità), ma il comportamento tenuto dalla p.a., solo "in occasione" dell'esercizio di un potere».

[4] Cass. Civ. Sez Un., 23 marzo 2011, n. 6594; Cass. Civ. Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6595; Cass. Civ. Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6596, tutte in in *Il Foro it.*, 2011, 9/1, pp. 2398-2400, con note di A. Travi, *(In tema di giurisdizione ordinaria)*; in argomento, C. Scognamiglio, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, pp. 1749-1759; A. Di Majo, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corriere giuridico*, 2011, 7, pp. 940-942; L. D'Angelo, *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*, in *Giustizia civile*, 2011, 10/1, pp. 2321-2325; G. D. Comporti, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1, pp. 194-198. Ritiene che il nuovo orientamento della Suprema Corte va[da] valutato con favore, in esso intravedendosi un freno alla retorica della concentrazione della tutela a "senso unico" che talora ha caratterizzato alcuni arresti della giurisprudenza, A. Lamorgese, *Stop della Cassazione sulla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, *in Giust. Civ.*, 2011, 5, pp. 1218-1223, spec. p. 1223; R. Villata, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 4, pp. 1512-1518; S. Salvago, *Danno da affidamento in rapporto all'attività illegittima della pubblica amministrazione e giurisdizione*, in *Giust. Civ.*, 2012, 11-12, pt. 1 pp. 2770-2786; R. Caponigro, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, ne in *Il Foro amm. T.A.R.*, 2011, 3, pp. 59-69.

[5] In commento: M. A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, Ad Plen., 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass., Sez. un, 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 6/2, pp. 479-488; Id., *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *federalismi.it*, 2011, 7, pp. 12.

[6] «In questo caso, intervenuto l'annullamento d'ufficio o giurisdizionale per la riscontrata illegittimità della concessione, il proprietario ed il titolare di altro diritto che lo legittima ad edificare, venendo giustamente privati del diritto ad edificare, non possono invocare, adducendo la perdita di tale facoltà, il risarcimento del danno. Sulla base di questa situazione non possono invocare né la tutela demolitoria di un qualche atto (a meno che non si ritenga di impugnare il provvedimento di ufficio, che, una volta riconosciuto legittimo non consente più di invocare lo *ius aedificandi* quale fondamento di una ulteriore tutela) né quella risarcitoria alla possibilità di quel tipo di tutela strettamente collegata. La legittima privazione del diritto ad edificare non autorizza nessuna delle due tutele e non consente, quindi, (non costituendo la tutela risarcitoria una autonoma ipotesi di giurisdizione esclusiva) che possa essere invocata dinanzi al giudice amministrativo la tutela risarcitoria»; Cass. Civ. Sez Un., , n. 6594 del 2011, cit.

organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento (avendo questi 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» (o all'esecuzione dell'appalto). La sola tutela invocabile sarebbe allora quella risarcitoria fondata sulla lesione del predetto affidamento, relativa ad un danno che prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, scaturente dalla violazione di quei doveri generali di comportamento che anche la P.A. è tenuta a rispettare, nell'esercizio della attività amministrativa, ed il cui contenuto non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto agente.

Mentre ai fini della sussistenza della giurisdizione amministrativa è necessario che il danno di cui si chiede il risarcimento sia eziologicamente collegato all'illegittimità del provvedimento amministrativo, che ne rappresenta la *causa petendi*, nel caso di danno da provvedimento favorevole illegittimo poi annullato, il titolo costitutivo della pretesa risiede non nell'illegittimità dello stesso, ma nella lesione dell'incolpevole affidamento riposto dal cittadino nella presunta legittimità del medesimo.

Il giudice di legittimità è consapevole del fatto che, nella vicenda in esame, a differenza dei precedenti analizzati, non è stato emesso alcun provvedimento ampliativo della sfera del privato; per l'appunto, occorrerà valutare «se la giurisdizione del giudice ordinario», affermata nei casi pregressi e parzialmente diversi, «debba essere affermata anche, e con maggior forza, quando nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato»; ovvero se, «al contrario, nel caso in cui nessun provvedimento ampliativo sia mai venuto ad esistenza, l'affidamento riposto dal privato nella futura emanazione di un provvedimento a lui favorevole non costituisca altro che un mero riflesso, ininfluente sulla giurisdizione, di un'azione amministrativa (...) con conseguente affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo tutte le volte che si versi in una materia di giurisdizione esclusiva del medesimo».

Contrariamente alla soluzione negativa offerta dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 13194/2018[7], dove si è sostenuto che i principi fissati nelle ordinanze del 2011 non siano applicabili qualora difetti il presupposto della sussistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, con la pronuncia in esame la Cassazione compie un'ulteriore evoluzione nel ragionamento, ed estende la propria giurisprudenza in tema di tutela dell'affidamento e giurisdizione del giudice ordinario anche ai casi di mancata emissione di un previo provvedimento favorevole.

La presa di posizione in favore della giurisdizione ordinaria è stata accolta dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria[8], dalla quale tuttavia si sono discostate alcune pronunce, volte a riaffermare, in linea con l'orientamento precedente[9], la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

Ad esempio, la sentenza del T.A.R. Milano (Lombardia), sez. II, n. 1307/2013[10] ha contestato la riconduzione dell'affidamento alla categoria del diritto soggettivo, o comunque il suo inquadramento quale situazione giuridica autonoma: secondo la tesi prospettata dal giudice lombardo, l'affidamento sarebbe piuttosto un elemento dipendente dal contenuto delle situazioni giuridiche alle quali accede, assumendo per l'effetto contenuto e qualificazione diversa a seconda di esse. Da ciò deriva che, quando i termini del rapporto giuridico sono il potere autoritativo da una parte e l'interesse legittimo dall'altra, è a questa situazione giuridica soggettiva che l'affidamento

---

[7] Cass. Civ. Sez. Un., 25 maggio 2018, n.13194, in dejure.it: «Quanto alla del pari evocata illiceità del comportamento dell'odierna ricorrente, va per altro verso sottolineato che - come anche dal P.G. presso la Corte osservato nella propria requisitoria scritta - va esclusa la possibilità di farsi nella specie applicazione in via analogica del principio affermato da Cass., Sez. Un., n. 17586 del 2015 (in base al quale la domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale ex art. 2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole), difettando invero (...) il presupposto della sussistenza di un "provvedimento ampliativo" emesso dall'odierna ricorrente».

[8] Tar Campania, sez. I, 7 luglio 2016, n. 3463, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Abruzzo, sez. I, 19 marzo 2015, n. 192; in *Foro it.*, Rep. 2015, *voce Giurisdizione civile*, n. 136; Cons. giust. amm. sic. 14 maggio 2014, n. 282, id., Rep. 2014, *voce Atto amministrativo*, n. 310.

[9] T.A.R. Lecce (Puglia), sez. III, 2 novembre 2008, n. 21 in www.giustizia-amministrativa.it, riportata e commentata da F. Caringella, in *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011, p. 532 ss.

[10] T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 17 maggio 2013, n.1307, in *Foro amm. TAR*, 2013, 5, pp. 1448 ss.

inerisce e che contribuisce ad arricchire; pertanto, «la lesione dell'affidamento provocato dall'esercizio scorretto del potere determina sempre la lesione della situazione giuridica sostanziale tipica che si instaura fra il cittadino e la p.a. quando la seconda esercita le proprie potestà pubblicistiche, vale a dire l'interesse legittimo; senza che possa distinguersi fra il caso in cui l'esercizio scorretto del potere abbia determinato il rigetto di un'istanza e quello diverso in cui ne sia conseguito l'accoglimento», con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Secondo un orientamento di merito ancora diverso, la violazione del legittimo affidamento del privato ad opera della P.A. sarebbe comunque espressione dell'esercizio di un potere pubblicistico, rientrante nella giurisdizione esclusiva quale atto illecito lesivo dei principi di buona fede e correttezza ex artt. 1375 e 1175 c.c.[11].

Il Consiglio di Stato ha invece aderito alla tesi proposta dalla Cassazione nel 2011, confermando la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di risarcimento del privato per la lesione dell'affidamento ingenerato dalla legittimità di atti amministrativi vantaggiosi poi annullati, in quanto tale giudizio si incentra sulla violazione del dovere del *neminem laedere*, che prescinde dalla natura pubblica o privata dell'agente e della sua attività[12].

L'indirizzo maturato dalle Sezioni Unite nel 2011 è stato sin da subito seguito dalla prevalente giurisprudenza civile[13], e da ultimo precisato in una recente pronuncia (ordinanza del 19 febbraio 2019, n. 4889[14]), nella quale si ammette la sussistenza di un legittimo affidamento non solo in presenza di un provvedimento favorevole poi annullato perché illegittimo, ma anche in presenza della mera inerzia dell'amministrazione nell'esercizio dei doveri di vigilanza.

Tuttavia, si è registrato un orientamento difforme anche all'interno della stessa Corte di Cassazione, che, talvolta, ha riconosciuto ancora sussistente la giurisdizione amministrativa nelle materie di giurisdizione esclusiva per lesione da affidamento del privato nel provvedimento favorevole illegittimamente rilasciato e poi venuto meno. In questo senso può farsi riferimento alle pronunce nn. 8057 del 2016 e 13454 del 2017[15], in cui si è rispettivamente affermato che «l'azione amministrativa illegittima - composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi - non può essere scissa in diverse posizioni da tutelare, essendo controverso l'agire provvedimentale nel suo complesso, del quale l'affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione», e che «la giurisdizione esclusiva prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative ad interessi legittimi della fase

---

11 T.A.R. Palermo (Sicilia), sez. III, 2 agosto 2012, n. 1751, in *Dir. proc. amm.,* 2013, 4, p. 1278-1305, con nota di F. Roncarolo, *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*,: «Invero, nel caso di specie la controversia (ad un tempo demolitoria e risarcitoria) deve essere devoluta alla giurisdizione del g.a., posto che la condotta dell'Amministrazione comunale integra gli estremi di un atto illecito per violazione dei principi di buona fede e correttezza riconducibile all'esercizio della funzione pubblica (artt. 1337 e 1175 c.c.), per avere il Comune di Torretta ingenerato colpevolmente nella ricorrente il convincimento di poter ottenere il rilascio della concessione edilizia. Sul punto vale la pena richiamare la lettura evolutiva degli obblighi di buona fede cui sono chiamate le parti del rapporto, la cui violazione non dà luogo a fenomeni di invalidità del negozio stipulato (v. Cass. civ., Sez. Un., 17 dicembre 2007, n. 26724)».

12 Cons. St. sez. V, 02 agosto 2013, n .4059, in *Foro Amm.C.d.S.* (Il) 2013, 7-8, p. 2093 ss; Cons. St. sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183, in *Giorn. di dir. amm.*, 2014, 7, pp. 704-721, con nota di M. Magri, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole*; v. anche M. Mazzola, *Ingiustizia del danno e antigiuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Danno e resp.*, 2014, 10, pp. 943-949.

13 Cass. Sez, Un. 2 marzo 2018, n. 4996, in *Le banche dati, archivio Cassazione civile*; Cass. Sez. Un., 2 agosto 2017, n. 19171, *ibid*; Cass. 22 giugno 2017, n. 15640, in *Rep.* 2017, *voce Contratti pubblici*, n. 795; Cass. 22 maggio 2017, n. 12799, *ibid*., *voce Responsabilità civile*, n. 169; Cass. Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Resp. civ. e prev.* 2012, 6, p. 1948, con nota di C. Scognamiglio*, Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale* e di P. Davide, *La natura e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*, in *Urb. e App.*, 2012, 6, pp. 677-681; Cass. Civ., Sez. Un., 13 maggio 2019, n. 12635, in *Giust. Civ. Mass.,* 2019; Cass. Civ., Sez. Un., 08 marzo 2019, n.6885*,* in *Foro Amm.*, 2019, 10, p. 1591.

14 Cass. Sez. Un., 19 febbraio 2019, n. 4889, in *Il Foro it.*, 2019, 12, pt. 1, pp. 4068-4070, con nota di G. Borgiani, *(Riparto della giurisdizione civile),* così massimata: «E' devoluta al giudice ordinario la controversia che il privato promuova per il risarcimento dei danni nei confronti del Comune che abbia omesso la dovuta sorveglianza ed i controlli prescritti dall'art. 27 d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, nei confronti del costruttore ed abbia emesso i relativi provvedimenti abilitativi».

15 Cass. Civ., Sez. Un., 21 aprile 2016, n. 8057, in *Dir. & Giust.,* 2016, 5 ottobre*;* Cass. Civ. Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454, in *Giust. Civ. Mass.,* 2017. Secondo le pronunce in esame, l'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dell'atto amministrativo poi annullato in autotutela rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), dell'all. 1 al d.lgs. n. 104 del 2010 (ovvero già ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, sostituito dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000 se applicabile *ratione temporis*) e non può, pertanto, essere proposta al giudice ordinario. In commento, G. P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Il Foro Amm.*, 2017, 7-8, pp. 1991-2011.

pubblicistica, sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase predetta, realizzandosi quella situazione d'interferenza tra diritti ed interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo, riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto»; ciò, in linea con un corposo orientamento della dottrina pubblicistica, che ha più volte sottolineato la coerenza di una tale soluzione con il principio della concentrazione delle tutele sotto la giurisdizione del giudice amministrativo[16].

L'ordinanza in commento, invece, ad ulteriore conferma della tesi propugnata in favore della giurisdizione ordinaria, ha cura di confutare una rilevante obiezione, sostenitrice in senso opposto della giurisdizione amministrativa.

Infatti, secondo un diverso orientamento (v. paragrafo 25) [17] nel caso di illegittimo esercizio del potere da parte dell'Amministrazione, l'interesse legittimo del privato sarebbe leso non solo nell'ipotesi del diniego di provvedimento favorevole, ma anche in caso di illegittimo rilascio del provvedimento richiesto. Si avrebbe cioè lesione dell'interesse legittimo in tutti i casi di non corretto esercizio del potere pubblico, a nulla rilevando l'eventuale attribuzione o meno al privato del bene della vita richiesto, atteso che «l'interesse legittimo vantato dal cittadino (...) è sempre il medesimo, e cioè è la pretesa ad un provvedimento (non solo) favorevole (ma anche) frutto dell'attività legittima dell'amministrazione»[18]. Dalla natura relazionale[19] dell'interesse legittimo, espressione del rapporto tra cittadino ed amministrazione nell'esercizio di un potere, deriva che detto interesse può essere leso anche da un provvedimento favorevole, e la circostanza dell'assenza di un danno non determina l'impossibilità di configurare, a monte, la lesione di tale situazione giuridica soggettiva[20].

La richiamata obiezione non assume rilievo dirimente, come chiarito nel paragrafo 26.

---

[16] A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, cit. p. 11, che sottolinea la permanente connessione di tale lesione con l'esercizio del potere pubblicistico: «il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico e coerentemente la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materie di legislazione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo»; similmente, V. Cingano, *Il danno causato da un provvedimento favorevole illegittimo: giurisdizione e legittimità*, in *Danno e resp.*, 2015, 7, p. 7; S. R. Masera, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, p. 915; M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, pp. 896-910, spec. p. 899: «in ogni caso, anche a voler accedere a questa supposta trasformazione qualificatoria, anche cioè a voler parlare di "comportamenti" ciò non avrebbe alcuna valenza decisiva nel senso indicato dalla Cassazione. Ed infatti si tratterebbe pur sempre non di meri comportamenti, bensì di comportamenti anche mediatamente riconducibili all'esercizio del potere».

[17] V. par. 25: «Alle suddette affermazioni è stato obiettato in dottrina che l'interesse legittimo è una posizione tipicamente relazionale, che cioè esprime il rapporto tra cittadino e l'amministrazione nell'esercizio di un potere, cosicché l'interesse legittimo del destinatario dell'azione amministrativa dovrebbe ritenersi leso non solo quando l'amministrazione gli neghi illegittimamente un provvedimento favorevole, ma anche quando tale provvedimento gli venga illegittimamente rilasciato; salvo che, in questo secondo caso, la lesione dell'interesse legittimo non sarebbe produttiva di danno.»

[18] Così C. E. Gallo, in *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, pp. 564-584, spec. p. 569-570: «ma l'interesse legittimo non può essere disgiunto dalla legittimità del provvedimento; e ciò innanzitutto perché l'interesse legittimo è attribuito al cittadino in relazione a vicende nelle quali all'Amministrazione è attribuito un potere, che per definizione deve essere esercitato legittimamente al fine di perseguire il pubblico interesse, cosicché la coesistenza armoniosa delle due posizioni, interesse legittimo e potere, vi è soltanto se entrambe corrispondono al diritto. L'interesse legittimo, inoltre, è correlato al legittimo esercizio del potere, nel senso che lo richiede, perché nel nostro ordinamento (...) non è ipotizzabile che vi sia una posizione di vantaggio che possa essere acquisita e mantenuta anche se è frutto di un'attività illecita o comunque contrastante il con il diritto». Della stessa opinione è M. Mazzamuto, ne *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, cit., spec. p. 90, per il quale «l'interesse legittimo, in questo senso, dovrà ritenersi comprensivo, tra l'altro, dell'interesse a che il provvedimento amministrativo sia legittimo, anche qualora si tratti di un provvedimento favorevole, ipotesi questa ultima che non può ascriversi ad una presunta specialità estraniante dal sistema pubblicistico, bensì soltanto ad una particolare sfaccettatura di un rapporto che rimane segnato dal confronto con l'esercizio del potere, cioè di un rapporto di diritto pubblico».

[19] Sottolinea la dimensione relazionale M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 103:, per cui l'interesse legittimo è «la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità».

[20] A. Travi, *(In tema di giurisdizione ordinaria)*, cit., pp. 2398-2399.

Come già ampiamente puntualizzato nell'ordinanza n. 17586 del 2015[21], la legittimità dell'azione amministrativa non è parte costitutiva del contenuto e dell'oggetto dell'interesse legittimo pretensivo, volto al solo ottenimento di un determinato bene della vita: «l'oggetto della situazione di interesse pretensivo non si può identificare nella postulazione a che si provveda legittimamente dall'Amministrazione, ma si deve identificare nella richiesta che si provveda dando positiva soddisfazione a quell'interesse». Se il provvedimento favorevole viene emesso a seguito di un agire illegittimo della Pubblica Amministrazione, l'interesse del privato è ugualmente soddisfatto, ancorché attraverso un modo di provvedere non legittimo; nessun danno si configura in capo al privato, perché non c'è alcuna lesione della situazione giuridica della quale è titolare. Ciò, coerentemente con il criterio di riparto sancito dall'art. 103 Cost., che non ancora la natura delle situazioni soggettive, e per essa il funzionamento del criterio di riparto, al carattere satisfattivo o meno dell'azione amministrativa[22].

Se a seguito di rilascio di provvedimento favorevole (illegittimo ma satisfattivo dell'interesse pretensivo), lo stesso venga successivamente meno, l'unica lesione cagionata al privato scaturisce dalla fattispecie complessa costituita dall'emanazione dell'atto favorevole illegittimo, dall'incolpevole affidamento del beneficiario e dal successivo legittimo annullamento dell'atto stesso. Tale diversa fattispecie causativa del danno, però, non incide sull'interesse legittimo del destinatario del provvedimento, ma su una sua diversa ed autonoma situazione soggettiva, consistente nell'affidamento riposto nella legittimità e nella stabilità del provvedimento favorevole ottenuto. Trattasi di posizione giuridica definita nel 2015 quale diritto soggettivo all'integrità patrimoniale del privato, dalla cui lesione scaturisce un danno *ex* art. 2043 c.c., (ma vedi *infra* par. 5 per una precisazione sulla corretta identificazione della situazione soggettiva lesa, e par. 6 per una diversa qualificazione della responsabilità) rispetto al quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva di per sé, ma per l'efficacia concausale nel predetto danno evento[23].

La Cassazione richiama infine un'importante sentenza del Consiglio di Stato resa in Adunanza Plenaria (n. 5 del 2018), a sostegno del proprio *iter* argomentativo, ribadendo che il danno subito dal privato non discende dalla violazione delle norme di diritto pubblico che conformano il corretto esercizio del potere amministrativo, ma dalla violazione delle regole civilistiche di correttezza e buona fede, le quali «non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. (...) non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto[24])».

La sentenza da ultimo citata suscita interesse non tanto per i principi di diritto enunciati in risposta alle specifiche questioni sottoposte alla Plenaria da parte dei giudici remittenti[25], ma per le rilevanti aperture presenti in

---

21 Cass. Sez. Un., 4 settembre 2015, ord. n. 17586, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 547 ss; M. Sinisi, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 5/1, pp. 1059-1065.

22 G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (Nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, in giustiziainsieme.it.

23 Cass. Civ. Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 15640, in *Foro Amm.* (Il) 2018, 3, p. 428 «Si ritiene più in generale rientri nella giurisdizione ordinaria la domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo,non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale ex art. 2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno - evento da affidamento incolpevole" (Cass., sez. un., 04/09/2015, n. 17586)».

24 Cons. St., Ad Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Dir. amm.*, 2020, 1, pp. 235-269, con nota di L. Lorenzoni, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della P.A.*; G. Bevivino, *Per una nuova responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione? Il Consiglio di Stato e il superamento del limite dell'aggiudicazione*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 3, pp. 1071-1077; F. Guzzi, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: l'Adunanza Plenaria fa un ulteriore passo in avanti verso la parificazione della PA al contraente privato anche nella fase della procedura di evidenza pubblica*, in *federalismi.it*, 2019, 3, pp. 13; A. Izzi, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione - anche - nella fase antecedente l'aggiudicazione definitiva*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2019, 1, pp. 140-159; F. Botteon, *Risarcimento per responsabilità precontrattuale anche in assenza di un aggiudicatario: l'Adunanza Plenaria scioglie positivamente il nodo. Ma a chi va la giurisdizione?*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2018, 3, pp. 19-30; F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.* 2018, 12, pp. 1555-1560; M. Trimarchi, *Dalla responsabilità precontrattuale alle regole del rapporto amministrativo accessorio*, in *GiustAmm.it*, 2018, 7, pp. 8; G. Tulumello, *Monografia*, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale* in *Cons. St., Ufficio Studi Massimario e formazione*, pp. 21.

25 Con l'ordinanza collegiale n. 515 del 24 novembre 2017, la Terza Sezione aveva rimesso all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti: «se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché

motivazione in favore della generalizzazione dell'obbligo di buona fede e correttezza *ex* art. 1337 c.c. nei rapporti tra privato e P.A., alla luce di un'interpretazione di tali norme conforme al principio costituzionale di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.[26]: proprio una tale impostazione consente di estendere l'esigenza del rispetto dell'obbligo di buona fede oltre il caso particolare della trattativa prenegoziale, al fine di dare ingresso alla tutela dell'affidamento incolpevole del privato nei rapporti di qualsiasi tipo con la pubblica amministrazione[27].

Pur non figurando tra i principi di diritto, chiara è l'affermazione contenuta nella sentenza, secondo la quale «i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato». Non può pertanto condividersi l'opinione contraria[28] di chi limita l'ampiezza della pronuncia della Plenaria alla sola ipotesi di attività negoziale esercitata dalla Pubblica Amministrazione e non la ritiene applicabile al caso della sentenza n. 8236 del 2020, dove si è in presenza di attività non rientrante nella materia contrattuale, stante la chiara portata espansiva dei suesposti rilievi.

4. La Corte di Cassazione chiarisce poi come nel caso di specie venga in rilievo un mero comportamento materiale da parte del Comune, non riconducibile nemmeno mediatamente all'esercizio del potere pubblico, e che pertanto, anche sotto questo profilo, vada confermata la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario[29]. Tale riflessione necessita di ulteriori precisazioni, dal momento che viene in rilievo, sia pure indirettamente, la delicata tematica del riparto di giurisdizione in materia di comportamenti posti in essere dalla Pubblica Amministrazione.

L'approccio iniziale allo studio di questo argomento è stato piuttosto marginale nel diritto amministrativo, settore storicamente governato dai principi della formalizzazione e successivamente, della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa. Essendo il comportamento modalità tipica dell'agire privatistico, esso assumeva limitato rilievo nei soli casi in cui l'amministrazione si avvaleva degli ordinari strumenti del diritto comune, rimanendo altrimenti relegato nella generica categoria delle «operazioni amministrative», comprendenti le attività materiali o esecutive dei funzionari amministrativi, assorbite dall'atto e dal procedimento, gli unici strumenti con i qual l'amministrazione era chiamata ad espletare i propri uffici.

---

gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione. Se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione». L'Adunanza Plenaria chiarisce che nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, nell'ambito di tutte le fasi della procedura; inoltre, la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario ai doveri di correttezza e buona fede.

[26] Esalta la dimensione assiologica della solidarietà costituzionale con i relativi riflessi sugli istituti civilistici P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, spec. p. 685 ss, dove si legge che, in materia di obbligazioni, l'«incidenza costituzionale si realizza in vario modo; non soltanto nell'individuazione dei contenuti delle clausole generali quali la diligenza, la buona fede, la correttezza, lo stato di necessità ecc., ma soprattutto nella rilettura assiologicamente orientata dell'intera disciplina nella quale consiste il rapporto, ed in particolare nel controllo di meritevolezza sugli assetti di interessi rappresentati dal titolo e nella rilevanza di quest'ultimo sulla struttura formale del rapporto»; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss. V. anche P. Fava, *La rivitalizzazione costituzionalmente orientata del rapporto obbligatorio: gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, di quella di legittimità e della scienza giuridica italiana*, in Id., (a cura di), *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, I, Milano, 2008, p. 158.

[27] Sottolinea questo aspetto l'analisi di F. Trimarchi Banfi, *responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, cit., p.1558.

[28] G. Tulumello, *Monografia*, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale* in *Cons. St., Ufficio Studi Massimario e formazione* cit., p. 5 : «Le Sezioni Unite più volte richiamano questa sentenza (...): ma omettono di precisare che le affermazioni della Plenaria riguardanti l'attività autoritativa concernono, appunto, il procedimento di evidenza pubblica, vale a dire la fase delle trattative prenegoziali funzionali alla individuazione del soggetto con cui stipulare il contratto. (...) L'ambito materiale è determinante in punto di utilizzabilità dell'argomentazione».

[29] In senso contrario: M. Mazzola, *Ingiustizia del danno e antigiuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*, cit., spec. p. 944: «invero è arduo sostenere che i danni asseritamente patiti da un soggetto che si veda attribuire illegittimamente un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica, poi annullato, non siano riconducibili - quantomeno mediatamente - alla manifestazione del potere».

Il concetto di «comportamento» ha progressivamente assunto una notevole rilevanza sistematica dopo la sua utilizzazione come criterio di riparto della giurisdizione esclusiva in alcune materie rilevanti del diritto amministrativo. Più specificatamente, l'art. 34 del d.lgs. 80/98 ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia urbanistica ed edilizia aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparate»; analogamente, l'art. 33 del medesimo decreto legislativo ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del g.a. «tutte le controversie in materia di pubblici servizi»; inoltre, l'articolo 53, comma 1 del D.P.R. 327/01 ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie conseguenti alla applicazione delle disposizioni del testo unico sulle espropriazioni aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati».
La Corte Costituzionale ha tuttavia duramente censurato tali criteri di riparto operati dal legislatore: con la sentenza 204/2004 ha dichiarato incostituzionale sia l'art. 34, nella parte in cui devolveva alla giurisdizione esclusiva anche i comportamenti in materia di urbanistica ed edilizia, sia l'art. 33, alla cui generica formulazione originale è stata sostituita un'elencazione tassativa delle controversie in materia di servizi pubblici. La Consulta è poi intervenuta con la successiva sentenza 191/2006, censurando l'art. 53 nella parte in cui la giurisdizione esclusiva del g.a. era estesa anche ai comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere.
Attualmente, il Codice del processo amministrativo ha recepito all'art. 133 le ipotesi di giurisdizione esclusiva come rimodellate dalla Corte Costituzionale[30].
Mentre nella prima pronuncia la Corte Costituzionale ha utilizzato la categoria dell'«espressione mediata del pubblico potere» per riferirsi alla sola attività della pubblica amministrazione esercitata mediante accordi *ex* art.11 L.241/1990[31], nella seconda sentenza ha fornito maggiori chiarimenti interpretativi in punto di criteri per il riparto di giurisdizione. La Consulta ha esplicato infatti che «nelle ipotesi in cui i "comportamenti" causativi di danno ingiusto (...) costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (...) e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali "comportamenti" esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione». Deve invece «essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto. L'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela (...) non si giustifica quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico[32]».

---

[30] L'art. 133 c.p.a. attualmente recita: «1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: (...) c) le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità; (...) f) le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa; g) le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa».
[31] V. paragrafo 3.4.3: «... formulazione che si pone in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva (...) la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere». L'avverbio *mediatamente* faceva riferimento a quanto in precedenza la Corte aveva precisato in ordine alle forme in cui poteva manifestarsi il potere, cioè attraverso lo strumento consensuale di cui all'art. 11 della legge 241/90.
[32] V. paragrafo 5. Inserita nell'ambito dei comportamenti, la locuzione *mediatamente* ha visto sfumare il suo significato originario, con essa intendendosi non già che «il comportamento costituisce esercizio mediato del potere», quanto che esso «è riconducibile al potere in via

La soluzione fornita dalla Consulta era invero stata anticipata in una nota pronuncia del Consiglio di Stato, resa in Adunanza Plenaria[33], secondo la quale la versione originaria dell'art. 34 del d.lgs. 80/1998 contrapponeva gli «atti e i provvedimenti» (porzione della norma costituzionalmente legittima) ai «comportamenti» (porzione costituzionalmente illegittima) mirando a distinguere da un lato, le controversie relative alla lesione di diritti soggettivi eziologicamente riconducibili alla funzione pubblica e all'esplicazione - seppure illegittima - del pubblico potere, da assumersi appannaggio giurisdizionale del G.A.; dall'altro, le azioni di diritto comune poste in essere dalla PA al di fuori di qualunque manifestazione potestativa pubblicistica, da assumersi ormai (dopo la sentenza 204/2004) appartenenti alla *potestas iudicandi* del G.O.

Da ciò discende che, allo stato attuale, nella definizione del concetto di comportamento in diritto amministrativo prevale il dato pubblicistico, incentrato sulla connessione con il potere funzionale attribuito dalla legge, di talché le condotte comportamentali della P.A. vengono attratte al regime dell'atto amministrativo ove siano manifestazione del potere di perseguimento dell'interesse pubblico; né tale connessione viene meno in ipotesi di illegittimità dell'atto, atteso che nel momento in cui il comportamento è stato tenuto, il potere era esistente, e dunque l'atto era efficace.

Tali riflessioni sono confermate dal disposto dell'articolo 7 comma 1 c.p.a., secondo il quale «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie (...) riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni». La disposizione riconosce nel comportamento una delle modalità di azione amministrativa, insieme ad atti, provvedimenti ed accordi: poiché la norma si occupa della giurisdizione amministrativa, è chiaro che il riferimento è ai comportamenti amministrativi, nell'ampia accezione che comprende quelli autoritativi, espressione diretta del potere, e quelli non autoritativi, ma mediatamente collegati al potere, come tali non classificabili tra le mere condotte materiali.

Essendo il dato normativo rilevante ma non dirimente, stante l'assenza di una definizione del nesso che rende il comportamento mediatamente collegato al potere pubblico, è stata la giurisprudenza della Corte di Cassazione a rintracciare i limiti effettivi del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Si pensi al fondamentale criterio di riparto contenuto nella recente pronuncia n. 2052/2016[34], con la quale le Sezioni Unite hanno cercato di fornire un criterio discretivo generalmente applicabile, basato sulla distinzione tra

---

mediata». Non si tratta cioè, come nei casi degli accordi sostitutivi, di forma privatistica della funzione amministrativa, ma di un agire in sé privatistico, connesso da lontano ad un potere. Dopo la sentenza 191/06 l'espressione ha iniziato ad essere utilizzata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato per indicare le condotte materiali che gravitano nell'area dei pubblici poteri, pur privi di una diretta connessione con provvedimenti amministrativi.

[33] «È, però, fuori discussione che la disposizione dell'art. 34 - nel punto in cui parla di "comportamenti" (l'espressione espunta dalla Corte Costituzionale per arginare l'ambito della giurisdizione amministrativa) non si riferisce a quelle condotte che si connotano - come nella specie - quale attuazione di potestà amministrative manifestatesi attraverso provvedimenti autoritativi che hanno spiegato secundum legem i loro effetti pur se successivamente rimossi, in via retroattiva, da pronunce di annullamento. I "comportamenti" ai quali faceva riferimento l'antico art. 34 - prima dell'intervento amputatorio della Corte Costituzionale - hanno ad oggetto, invero, non già attività materiali sorrette dall'esplicazione del potere (sia pure di un potere manifestatosi con atti illegittimi poi caducati), ma condotte poste in essere dalla pubblica amministrazione muovendo (magari anche in vista del perseguimento di interessi pubblici) fuori dell'esplicazione del potere (con attività materiale, voi de fait, manifestazioni abnormi del pubblico potere etc.). È di tutta evidenza, infatti, che l'antica formula dell'art. 34 cit. quando poneva in contrapposizione tra di loro "atti e provvedimenti" e "comportamenti" (l'espressione dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 204 del 2004) mirava proprio alla identificazione, da un lato, delle controversie relative alla lesione di diritti soggettivi eziologicamente riconducibili alla funzione pubblica (divenute *sine titulo* dopo l'annullamento) e dall'altro delle azioni di diritto comune posti in essere dalla pubblica amministrazione al di fuori di qualunque esplicazione del potere». Cons. St. Ad. Plen., 16 novembre 2005, n.9, ne *Il Dir. proc. amm.*, 2006, 1, pp. 161-182, con nota di N. Paolantonio, *Accessione invertita, tutela risarcitoria e questioni di giurisdizione: il punto dell'Adunanza plenaria*.

[34] Cass. civ. sez. un., 03 febbraio 2016, n. 2052, in *Foro Amm.* 2016, 2, p. 266 ss: «La riconducibilità deve dipendere e dev'essere identificata dal modo di essere del potere e dunque, dalla norma di previsione del potere, che l'amministrazione o chi per essa, esercita. Fermo restando, naturalmente che spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo la questione del se il potere invocato esista in concreto in base alla norma e del se esista la norma in base alla quale lo si assume esercitato. Se la norma di pretesa attribuzione del potere che si assume esercitato non prevede il comportamento di cui trattasi ed esso appare, invece, solo occasionato e giustificato soggettivamente in

comportamenti riconducibili al potere e comportamenti solo occasionalmente collegati ad esso. Secondo la pronuncia in esame, ogni norma attributiva del potere pubblico non si limita a prevedere il risultato da ottenere, ma fornisce, in attuazione del principio di legalità sostanziale, puntuali indicazioni in ordine alle specifiche forme e modalità di esercizio del potere; pertanto, mentre alcuni comportamenti sono oggettivamente necessari per il conseguimento dell'obiettivo, altri costituiscono espressione di una scelta soggettiva della P.A. Trattandosi di condotte non oggettivamente indispensabili, solo occasionate dal potere e non necessariamente ad esso riconducibili, in tale secondo caso sarà il giudice ordinario a risolvere la controversia.
Da ultimo, può menzionarsi, in argomento anche la successiva sentenza n. 25978/2016[35] relativa ad un'azione di risarcimento dei danni patiti per omessa demolizione da parte del Comune di un manufatto abusivo. La Cassazione ha rilevato che l'attore aveva posto a fondamento della pretesa non la mancata adozione di provvedimenti amministrativi discrezionali, ma il comportamento materiale dell'amministrazione comunale, consistente nella mancata demolizione delle opere asseritamente abusive; ha pertanto affermato che, venendo in rilievo il comportamento omissivo della pubblica amministrazione nel compimento di un'attività vincolata, la domanda volta ad ottenere la condanna del preteso danno, che il detto comportamento materiale omesso avrebbe eliminato, rientrava nella giurisdizione del giudice ordinario.
Si condividono sul punto le preoccupazioni circa l'uso di un criterio di riparto dai contorni così labili, in grado di dar vita a «due costruzioni del sistema tra loro divergenti, dovute rispettivamente alla Cassazione e al Consiglio di Stato, a seconda che il danno lamentato sia o meno riconducibile all'esercizio di un potere, rischio aggravato dalla criticabilissima individuazione delle ipotesi di comportamenti riconducibili mediatamente al potere medesimo, che impedisce di distinguere nettamente responsabilità da provvedimento e responsabilità da comportamento[36].
La pronuncia in commento, dopo aver richiamato, sinteticamente e tramite il riferimento alle pronunce della Corte Costituzionale nn. 204/2004 e 191/2006, l'*iter* argomentativo sino ad ora analiticamente esposto, conclude ribadendo che il caso in esame non rientra nell'alveo del giudice amministrativo, non venendo in rilievo l'esercizio di un potere pubblicistico esercitabile alternativamente mediante «atti unilaterali e autoritativi», «moduli concorsuali» o «comportamenti (...) posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico». Ciò non si è verificato nella vicenda concreta, come già indicato al paragrafo 2., dato che il comportamento dei funzionari del Comune rileva quale nudo comportamento, meramente occasionato dall'esercizio del potere pubblico: le modalità di espletamento dell'attività procedimentale ivi rimproverate sono frutto di scelte proprie dei funzionari persone fisiche non comprese nell'alveo della norma attributiva del potere, in quanto condotte non oggettivamente indispensabili per il raggiungimento del risultato[37].
5. La sentenza prosegue con il precisare la natura dell'affidamento che viene in rilievo, sottolineandone la non rispondenza con la diversa nozione di «affidamento legittimo» tutelato *ex* art. 21*nonies* L. 241/1990. In tale seconda ipotesi, l'affidamento è connesso con l'esercizio del potere discrezionale da parte della P.A., chiamata al rispetto di una serie di regole che disciplinano in maniera diretta e puntuale l'attività amministrativa discrezionale, la cui violazione inficia la legittimità dell'atto amministrativo e determina in capo all'ente pubblico una responsabilità da provvedimento, da cui scaturiscono sia la tutela demolitoria che quella risarcitoria, entrambe da esperire davanti al giudice amministrativo.

---

relazione al potere esercitato, la giurisdizione del giudice amministrativo, pur esclusiva, non sussiste»; in commento, v. A. Simonetti. *A proposito di comportamenti della P.A. e del loro giudice*, in *Urb. e app.*, 2016, 10, pp. 1104-1108.

[35] Cass. civ. sez. un., 16 dicembre 2016, in *Dir. & Giust.*, 2016, 19 dicembre. La pronuncia in esame ricorda che «alla cognizione del giudice amministrativo - giudice del legittimo esercizio della funzione amministrativa - sono attribuite le domande di risarcimento del danno che si ponga in rapporto di causalità diretta con l'illegittimo esercizio (o con il mancato esercizio) del potere pubblico, mentre resta riservato al giudice ordinario soltanto il risarcimento del danno provocato da "comportamenti" della p.a. che non trovano rispondenza nel precedente esercizio di quel potere (Cass., S.U. n. 11292 del 2015; Cass., S.U., n. 13568 del 2015)».

[36] R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica,* in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.

[37] S. Rosati, *I comportamenti mediatamente riconducibili al potere: profili di giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Il Dir. Amm.*, 2020, 11, reperibile in ildirittoamministrativo.it.

A titolo esemplificativo, possono essere menzionate le seguenti ipotesi di affidamento legittimo, contenute nelle corrispondenti norme di cui alla L.241/1990: l'art. 2*bis* comma primo, che configura il cd. danno da ritardo[38]; l'art. 21*quinquies*, che prevede un indennizzo nel caso di revoca di un provvedimento che risulti pregiudizievole agli interessati; l'art. 21*nonies*, che limita cronologicamente il potere di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi ed impone di tener conto, nell'esercizio del potere di autotutela, non solo dell'interesse pubblico, ma anche degli interessi del destinatario del provvedimento e degli eventuali controinteressati[39]. Proprio tale ultima ipotesi costituisce la massima esemplificazione di tutela dell'affidamento del privato in senso stretto, da tenere distinta rispetto alla lata accezione civilistica di fiducia nell'altrui correttezza[40].
Pur consapevole della rilevanza sistematica, anche ai fini della vicenda in esame, delle richiamate disposizioni della legge n. 241/1990, in quanto orientate alla realizzazione di un diritto amministrativo paritario, in attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento *ex* art. 97 Cost., la Cassazione sottolinea che l'affidamento «procedimentale» oggetto della pronuncia è una situazione autonomamente tutelata, priva di collegamento col potere pubblico, che si sostanzia «nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta», e che richiede l'ulteriore prova del nesso causale tra la condotta dettata dalla fiducia ed il danno. Nell'affidamento legittimo invece, la nascita e la delusione dello stesso sono connessi ad atti di esercizio del potere da parte della P.A. in violazione delle regole alle quali è sottoposta, che sono ulteriori e diverse da quelle che si applicano ordinariamente nei rapporti tra privati.
E' ormai opinione prevalente anche in dottrina come «la tutela dell'affidamento (procedimentale), inteso come fiducia nella correttezza altrui, trov[i] applicazione anche nei rapporto tra l'autorità amministrativa e i privati»[41]; né

---

[38] Può qui solo farsi cenno alla modifica legislativa introdotta dall'art. 28 del d.l. 69/2013 conv. in l. 98/2013 che ha aggiunto il comma *1bis* all'art. 2*bis* L. 241/1990, codificando l'indennizzo da ritardo. Ciò che qui rileva è l'automaticità dell'indennizzo allo scattare degli elementi prescritti dalla legge, senza alcun onere, in capo al cittadino, di dimostrare la responsabilità dell'apparato amministrativo nell'*an* e nel *quantum debeatur*, a differenza di quanto accade per la richiesta di risarcimento del danno. Trattasi di tutela non sostitutiva ma aggiuntiva ed integrativa rispetto a quella risarcitoria, come esplicitato dalla giurisprudenza amministrativa: «l'inosservanza del termine di conclusione procedimentale comporta: in generale, il risarcimento del danno ingiusto, qualora, con dimostrazione del nesso di causalità, questo consegua alla predetta inosservanza colposa o dolosa della p.a. (art. 2 bis, comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241); nei casi espressamente previsti, il riconoscimento di un indennizzo, il titolo a ricevere il quale (nelle condizioni previste dalla legge) sorge per il solo fatto del superamento del termine e che, ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria, è detratto dalla somme complessivamente riconosciuta a tale ultimo titolo (art. 2 bis, comma 1 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241)». Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638, in *Resp. civ. e prev.* 2014, 3, p. 1001 ss. In dottrina, S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela: profili organizzativi e sostanziali*, cit., p. 120, che richiama l'orientamento giurisprudenziale che ritiene la previsione di tale tutela indennitaria espressione della scelta legislativa di restringere l'area del danno ingiusto risarcibile al solo danno da ritardo, e non da mero ritardo. Si segnalano gli ulteriori contributi di G. Soricelli, *Analisi sistematica ed evolutiva della responsabilità da ritardo nell'emanazione del provvedimento amministrativo tra pubblico e privato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 6, pp. 2030-2050; P. Saggiani, *Alcuni spunti di riflessione sulla responsabilità della Pubblica Amministrazione per il ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 4, pp. 1229-1244; S. Vernile, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Il Dir. econom.*, 2015, 2, pp. 403-451.
[39] Il tema dell'affidamento nelle ipotesi di annullamento d'ufficio e di revoca è stato di recente approfondito in un caso da S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, p. 36 ss, nell'altro da G. C. Salerno, *La revoca dei provvedimenti amministrativi e i principi della funzione*, Torino, 2014, p. 140 ss.
[40] Cons. St. Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n.8, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 2, p. 717 ss: «11.1. Si osserva inoltre che l'onere motivazionale richiesto all'amministrazione in sede di adozione dell'atto di ritiro risulterà altresì agevolato nelle ipotesi in cui la non veritiera prospettazione dei fatti rilevanti da parte del soggetto interessato abbia sortito un rilievo determinante per l'adozione dell'atto illegittimo. Se infatti è vero in via generale che il potere della P.A. di annullare in via di autotutela un atto amministrativo illegittimo incontra un limite generale nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'iniziale adozione dell'atto (i quali plasmano il conseguente obbligo motivazionale), è parimenti vero che le medesime esigenze di tutela non possono dirsi sussistenti qualora il contegno del privato abbia consapevolmente determinato una situazione di affidamento non legittimo. In tali casi l'amministrazione potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato, in capo al quale non sarà configurabile una posizione di affidamento legittimo da valutare in relazione al concomitante interesse pubblico». In dottrina, M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 250; G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, I, Milano, 2017, p. 290 ss; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, p. 371.
[41] F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.* 2018, 3, pp. 823-854, spec. p. 823, ed ivi, nt. 1, in cui viene richiamato il contributo di A. Romano Tassone, illustrato da F. Mangagnaro, *Dal rifiuto di provvedimento al*

del resto si comprende per quale ragione dovrebbe essere altrimenti[42], traducendosi l'eventuale esonero in capo alla P.A. dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede in un indebito vantaggio per la stessa a danno del privato cittadino. Anche chi sostiene l'inapplicabilità delle riflessioni in tema di affidamento maturate nel settore del diritto privato, ha cura di precisare che tale sovrapposizione non sarebbe consentita soltanto in punto di affidamento del cittadino sull'attività espressione di potere pubblico (e non dunque nel diverso caso dell'affidamento sulla conformità a buona fede del comportamento altrui)[43].
Riassumendo quanto sinora esplicato, occorre tenere distinti due piani: da un lato, l'affidamento incolpevole o secondo buona fede nella corretta condotta dell'ente pubblico, che diviene giuridicamente rilevante solo nel momento in cui tale affidamento viene deluso a danno del privato che ne è titolare; dall'altro, l'affidamento legittimo, che vive nel rapporto amministrativo, la cui tutela è assicurata in via preventiva dal rispetto delle garanzie procedimentali normativamente e puntualmente previste.
Le Sezioni Unite, oltre a richiamare, in punto di tutela dell'affidamento, il diritto comunitario[44], al quale l'attività amministrativa deve uniformarsi *ex* art. 1 comma 1 L.241/1990, precisa la natura dei rapporti intercorrenti tra il principio di certezza del diritto e quello di affidamento, quest'ultimo ritenuto talvolta mero corollario del primo[45]. La Cassazione ne sottolinea gli elementi differenziali: mentre il principio della certezza del diritto -concernendo la prevedibilità del diritto applicabile e l'esercizio della funzione normativa- costituisce un valore intrinseco alla giuridicità di stampo oggettivo, al contrario l'affidamento attiene all'applicazione del diritto vigente nella sua dimensione soggettiva, rappresentata dalla legittima pretesa di un soggetto all'applicazione di una regola precedente[46]. Quanto detto è confermato anche in sede di giurisprudenza comunitaria, specificamente nelle sentenze della Corte di Giustizia del 14 marzo 2013, C-545/11, *Agragrgenossenschaft Neuzelle* e del 23 gennaio 2013, C-419/17, *Deza a.s.*, dove si enuncia, a tutela del legittimo affidamento in chiave soggettiva, il principio secondo cui «costituiscono un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative (...) informazioni precise, incondizionate e onoranti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili».

---

dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento, in Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo, Napoli, 2017, p. 121 ss.

[42] Sembra confondere i due piani G. Tulumello, *Monografia*, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale*, cit., p. 16, quando afferma che «l'antigiuridicità della condotta lesiva, o l'individuazione dei doveri nei quali si articola il canone di buona fede procedimentale, non possono mai prescindere, in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per fatto correlato alla propria attività (o inattività) funzionale, da un significativo collegamento con la disciplina dell'attività (procedimentale o provvedimentale) che si assume lesiva, e dunque con il profilo della legittimità o quantomeno della liceità della stessa, trattandosi di attività (a forma vincolata) la cui antigiuridicità può essere predicata solo in caso di accertata deviazione dal relativo paradigma normativo)».

[43] C. E. Gallo, in *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, cit., rispett. pp. 577-578 e p. 580: egli sostiene infatti che «una problematica di questo genere non è per nulla individuabile nella tematica dell'affidamento del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione per l'attività provvedimentale da questa posta in essere. La problematica dell'affidamento dl cittadino sulla legittimità del provvedimento amministrativo non ha nulla a che vedere con il rapporto tra volizione e dichiarazione né con le cause di invalidità di cui all'art. 1338 cod., civ."; per l'effetto, "è piuttosto evidente (...) che la problematica dell'affidamento del cittadino sull'attività pubblica espressione di potere è una problematica particolare, rispetto al quale il riferimento alle concezioni privatistiche non è adeguato».

[44] Valorizza l'impatto del diritto comunitario sul sistema delle fonti e sull'assiologia complessiva dell'ordinamento P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit.; Id., *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008; Id., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, II, p. 530-545; Id., *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, ne *Il Foro nap.*, 2014, II, pp. 449-458.

[45] CGUE, 20 dicembre 2017, c. 322/2016, Global Starnet, che così testualmente si esprime: «Occorre sottolineare che il principio della certezza del diritto, il quale ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, segnatamente, che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese (v., in tal senso, sentenza dell'11 giugno 2015, Berlington Hungary e a., C-98/14, EU:C:2015:386, punto 77 e la giurisprudenza ivi citata).»

[46] I due principi possono eventualmente intersecarsi nel caso in cui l'amministrazione modifichi la propria prassi interpretativa della legge vigente pur in assenza di giustificate sopravvenienze normativa: la novità interpretativa lede l'affidamento del singolo in relazione alla norma da applicarsi nel caso concreto, e viola al contempo il principio della certezza del diritto. Così Cons. St., 9 marzo 2016, n. 940, in dejiure.it

Un ulteriore elemento meritevole di attenzione è la puntualizzazione, al paragrafo 28.3, circa la non corretta formulazione concettuale del «diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio» quale situazione giuridica soggettiva lesa dal comportamento dell'ente pubblico contrario a buona fede, rinvenibile in molte delle pronunce citate[47]. Trattasi di precisazione già effettuata dal giudice amministrativo nella sentenza n. 5/2018[48], ma qui opportunamente richiamata, visto che tale ipotetico «diritto» sarebbe privo di rilevanza giuridica propria, risolvendosi in una formula meramente descrittiva e comprensiva di tutte le situazioni giuridiche soggettive attive di cui il singolo è titolare.

Può solo farsi cenno alle censure autorevolmente sostenute in dottrina[49] da tempo avverso la configurabilità di un diritto così definito, tramite il quale verrebbe inserito nell'ordinamento civilistico un «principio antagonista in grado di scardinare l'intero sistema del danno patrimoniale»[50], dal momento che non sarebbe più necessario in detta ipotesi l'accertamento *ex* art. 2043 c.c. né della specifica situazione giuridica soggettiva lesa né il requisito dell'ingiustizia del danno. Tale preteso diritto sarebbe infatti espressione di una pericolosa «inversione metodologica, che sul presupposto della risarcibilità del danno meramente patrimoniale, immagina e crea un diritto che dovrebbe poi costituire la giustificazione della tutela risarcitoria di quel pregiudizio - il danno meramente patrimoniale - il cui risarcimento si dà però per assunto[51]».

Le pronunce[52] in cui si è fatto uso di tale preteso diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio sono del resto rare e risalenti, per cui si ribadisce l'opportunità della precisazione nella sentenza, onde fugare, anche in tempi recenti, ogni dubbio interpretativo sul punto: la sola situazione giuridica soggettiva che rileva è l'affidamento del privato nel corretto comportamento da parte della Pubblica Amministrazione, senza la necessità di ipotizzare o richiamare ulteriori categorie dogmatiche atipiche o superate.

6. L'ultimo rilevante profilo esaminato dalle Sezioni Unite inerisce la natura della responsabilità che sorge in capo alla P.A. per effetto della lesione dell'affidamento procedimentale, quale diritto soggettivo facente capo al privato. A differenza di quanto statuito nelle pronunce del 2011 - dove la responsabilità è più o meno espressamente definita come extracontrattuale, visto che il comportamento posto in essere dalla P.A. si tradurrebbe in una violazione del generico dovere del *neminem laedere ex* art. 2043 c.c.[53] - la Cassazione ritiene ora di dover qualificare la responsabilità in esame in termini di «responsabilità da contatto sociale». Attraverso il richiamo al sistema tripartito delle fonti

---

[47] Ad esempio, al punto 8.3 dell'ord. n. 17856/2015, cit., si legge che il privato lamenta «la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio" la quale "emerge sotto il profilo dell'avere egli sopportato perdite e/o mancati guadagni a causa dell'agire della p.a. concretatosi nell'illegittima emissione del provvedimento».

[48] V. punto 35: «la relativa responsabilità dell'amministrazione si connota come responsabilità da comportamento da violazione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale (*recte*: alla libertà di autodeterminazione negoziale)».

[49] F. Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 1, p. 159 ss.; C. Castronovo, *Le nobili frontiere della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 6, p. 539 ss.; S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 2, pp. 349-400; C. Scognamiglio, *L'ingiustizia del danno*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da M. Bessone, Torino, 2005, p. 15 ss.

[50] C. Castronovo, *Le nobili frontiere della responsabilità civile*, cit., p. 551.

[51] S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, cit. p. 372.

[52] Si pensi al noto caso del pittore De Chirico, (Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. Civ.*, 1982, I, p. 1745, con nota di A. di Majo, che è stato così risolto: «l'acquirente di un quadro, che si sia determinato all'acquisto facendo ragionevole affidamento sull'autenticità dell'opera, desumibile dall'apposizione della propria firma (sul retro del dipinto) da parte del pittore, può agire per responsabilità extracontrattuale nei confronti di quest'ultimo, in ipotesi di accertamento della falsità del quadro e dell'apposizione della indicata firma senza un previo diligente controllo sull'autenticità dell'opera, al fine di ottenere il risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito entro i limiti di cui all'art. 41 cost.), facendo ragionevole affidamento sulla veridicità delle dichiarazioni, da chiunque rese, comunque concernenti quella attività, e senza essere pregiudicato da dichiarazioni non veritiere, rese per dolo o per colpa (in violazione dei doveri inderogabili di solidarietà sociale sanciti dall'art. 2 cost.)». V. anche Cass. 1 agosto 1992, n. 9167, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1268, con nota di R. Weigmann e Cass., 9 giugno 1998, n. 5659, ne *Il Foro It.*, 1999, Vol. 122, 2 pp. 659/660-671/672.

[53] Più chiaramente nelle ordinanze nn. 6594 e 6595 del 2011; in maniera implicita nell'ordinanza n. 6596 del 2011, dove la parte attrice ha prospettato la domanda in termini di responsabilità precontrattuale, qualificata da costante giurisprudenza in termini di responsabilità extracontrattuale. L'ord. n. 6594 afferma infatti chiaramente che il provvedimento illegittimo successivamente rimosso rileva «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*».

delle obbligazioni *ex* art. 1173 c.c., il rapporto tra privato e P.A. viene fatto rientrare nella categoria residuale di «ogni alto atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico», atteso che dal predetto rapporto derivano obblighi reciproci di buona fede, correttezza e diligenza *ex* artt. 1175, 1176 e 1337 c.c., da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale.
Si tratta di una riflessione di rilevante valore sistematico, che rientra nel più ampio e noto dibattito, sorto in ambito privatistico, circa l'applicabilità, alle ipotesi di lesione da affidamento tutelabile, dell'uno o dell'altro regime di responsabilità civile, contrattuale od extracontrattuale.
Il problema riguarda tutte le varie fattispecie caratterizzate dalla lesione, in assenza di contratto, di situazioni giuridiche soggettive da parte di un soggetto terzo legato al danneggiato da un preesistente rapporto qualificato, in forza del quale sorgono obblighi di protezione specifici[54], non autonomi ma accessori rispetto a quello principale di prestazione. La violazione di tali obblighi, pur non traenti fonte dall'accordo delle parti, sarebbe in grado di generare comunque una responsabilità di tipo contrattuale, diversamente da quanto si verifica nel caso di violazione del generico dovere di astensione *ex* art. 2043 c.c. da parte del *quisque de populo*.
In diritto civile si è fatto uso di diversi strumenti giuridici allo scopo di applicare la disciplina contrattuale anche in assenza della conclusione di un contratto; si pensi all'ampia categoria, ricostruita dalla dottrina tedesca[55] e prospettata anche in Italia[56], dei rapporti contrattuali di fatto, tra i quali si rinviene anche l'ipotesi del contatto sociale, comprensivo dei rapporti di cortesia e dei rapporti precontrattuali.
E' stato successivamente precisato che, più che di contatto sociale, dovrebbe parlarsi di obbligazione senza prestazione[57], quale elemento ordinante di tutte le ipotesi di responsabilità accomunate dall'essere il danno conseguenza della violazione di obblighi preesistenti a monte della lesione. La disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni andrebbe dunque applicata non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte; proprio per tale ragione la qualificazione «contrattuale» della responsabilità è stata autorevolmente definita una sineddoche, giustificata dal fatto che questo tipo di responsabilità più frequentemente ricorre in presenza di vincoli contrattuali inadempiuti, ma senza che ciò valga a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire[58].
Ne deriva che la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima - efficacemente definita come «responsabilità del passante»[59] - consegue alla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria; diversamente, la responsabilità contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto, a prescindere dal tipo di fonte da cui tale obbligo trae origine.

---

[54] In tal senso, già L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, ora in *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 268-269; F. Benatti, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss.

[55] G. Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Lipsia, 1941; per la traduzione italiana, v. G. Haupt, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it., a cura di Varanese, Torino, 2012.

[56] C. A. Cannata, *L'obbligazione e le sue fonti*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 24 ss; L. Ricca, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 33 ss; N. Lipari, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p 415 ss; S. Richter, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, p. 151 ss; V. Franceschelli, *Rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984, p. 8 ss; A. Albanese, *I rapporti contrattuali di fatto*, in *Le Obbligazioni,* 2, III, *Fatti e atti fonti di obbligazione* a cura di M. Franzoni, Torino, 2005, p. 829-928.

[57] La categoria del *Schuldverhältinis ohne primäre Leistungspflicht*, elaborata da K. Larenz, *in Lehrbuch des Schuldrechts*, Munchen, 1976, p. 93 è stata riproposta nell'ordinamento giuridico italiano da C. Castronovo, sin da *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, 1, p. 319 ss e successivamente sviluppata in Id., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contatto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss; Id. *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1, pp. 55-76.

[58] L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, (dir. vig.) in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, p. 1072 ss.

[59] Espressione utilizzata da C. Castronovo, in La *responsabilità precontrattuale, Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 335-336.

Più precisamente, gli obblighi di protezione scaturiscono in tutte le ipotesi di affidamento alla professionalità in vista di uno scopo, cioè ogni qual volta «una persona al fine di conseguire un determinato scopo affida i propri beni della vita all'influenza di un'altra persona e con questo alla cura e all'attenzione della stessa[60]»; ed è questo il caso, tra gli altri, dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione, sapientemente ricondotti alla categoria del contatto sociale, dalla cui violazione discende la responsabilità (contrattuale) dell'ente pubblico. Infatti, «proprio partendo dalla responsabilità, come istituto nel quale un soggetto è messo in questione per il suo operare, abbiamo visto disegnarsi (...) un rapporto che diventa paritario nel momento in cui il soggetto privato danneggiato ha il diritto di far valere il suo danno nei confronti dell'amministrazione, e questa è tenuta a risarcirlo come se si trattasse di qualsiasi altro soggetto, a prescindere dalle sue caratteristiche di autoritarietà[61]».
Il modello di responsabilità aquiliana risulta inadeguato alla tutela del rapporto qualificato tra privato e pubblica amministrazione, caratterizzato da uno specifico e differenziato dovere di comportamento, idoneo a far sorgere reciproci affidamenti e qualificato dal rispetto del canone di buona fede e dai conseguenti obblighi di informazione e protezione. Tale orientamento è progressivamente emerso anche nella giurisprudenza di legittimità, nelle pronunce n. 157 del 2003, n. 24382 del 2010, n. 24438 del 2011, n. 9636 del 2015, n. 14188 del 2016, n. 25644 del 2017[62], tutte richiamante nell'ordinanza in commento.
Particolarmente interessante risulta il riferimento al precedente del 2016[63], secondo cui nell'ambito di una responsabilità dai contorni così delineati, «l'elemento qualificante di quella che può ormai denominarsi *culpa in contrahendo* solo di nome, non è più la colpa, bensì la violazione della buona fede, che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti». Proprio a causa della previa esistenza di un rapporto giuridico tra le parti, a differenza delle ipotesi di illecito *ex* art. 2043 c.c., non è richiesta la sussistenza dell'elemento soggettivo di imputazione (dolo o colpa), essendo sufficiente la mera oggettiva difformità del comportamento tenuto rispetto alla regola di buona fede, similmente a quanto richiesto nelle ipotesi di responsabilità *ex* art. 1218 c.c.
La ricostruzione della responsabilità qui operata è coerente con quella già ipotizzata da autorevole dottrina, che fa derivare la rilevanza giuridica dell'affidamento dal preesistente rapporto qualificato tra cittadino e P.A., e che al contempo sottolinea la scarsa rilevanza della definizione di una tale responsabilità come contrattuale in senso

---

[60] H. Dolle, *Aussergesetzliche Schuldpflichen,* in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943, p. 74; la citazione è stata riportata da C. Castronovo, in *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 142.
[61] C. Castronovo. *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 3, pp. 637-667, spec. p. 664; ma tale posizione era già stata chiaramente esplicata in Id., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione.* , in *Jus*, 1998, 3, pp. 647-669; Id., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 4, pp. 1263-1273.
[62] Cass. Civ. Sez. Un., 10 gennaio 2003, n. 157; Cass. Civ. 1 dicembre 2012, n. 24382, entrambe in dejure.it; Cass. Civ. Sez. Un., n. 24438, cit.; Cass. Civ., Sez. Un., 12 maggio 2015, n. 9636, in *Foro Amm.,* II, 2015, 6, p. 1659; Cass. Civ. Sez. Un., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro Amm.* Il, 2016, 9, p. 2100, quest'ultima così massimata: «in tema di contratti conclusi con la P.A., l'eventuale responsabilità di quest'ultima, in pendenza dell'approvazione ministeriale, deve qualificarsi come precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., ed è inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ex art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione sancito dall'art. 2946 c.c.».
[63] In commento, v. A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione degli obblighi di protezione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 3, pp. 1129-1148. Si era già espressa in termini analoghi Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giust. civ. Mass,* 2011, 12, p. 1795: «Quanto alla mancata allegazione del profilo della colpa, va ricordato che questa corte è da tempo pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale in termini di responsabilità contrattuale, nella quale, conseguentemente, il danneggiato deve dimostrare - oltre al danno sofferto - solo la condotta antigiuridica, e non anche la colpa (tra le molte, in particolare, Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, e Sez. un. 26 giugno 2007 n. 14712). Come si è già osservato, la responsabilità precontrattuale, nella quale v'è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, presenta tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c., sicché deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere tale responsabilità, abbia l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno». Sul punto, *cfr.* C. Scognamiglio, *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato"*, in *Resp .civ. e prev.,* 2016, 6, pp. 1950-1961; G. Bonnì, *Inadempimento dell'obbligo di buona fede nelle trattative e natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 2, pp. 534-545.

debole[64] o come precontrattuale, atteso che si tratterà pur sempre «di ipotesi di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente», stante la pregressa «situazione relazionale così peculiare ed intensa[65]».
La sentenza in esame, pur collocandosi nel solco dei richiamati precedenti, ha innovativamente applicato la categoria del contatto sociale qualificato della P.A. ed il conseguente regime contrattuale della responsabilità ad un caso non immediatamente riconducibile alla responsabilità precontrattuale *ex* artt. 1337 e 1338 c.c., avendo il Comune (asseritamente) leso l'affidamento della società attrice in un ambito diverso da quello delle trattative prenegoziali, ipotesi alla quale si riferiscono sia la sent. Cass. n. 14188/2016, sia la pronuncia in Ad. Plen. del Cons. St. n. 5/2018, sopra richiamate. Si tratta di una scelta interpretativa in senso estensivo condivisibile, essendo la P.A. chiamata ad agire secondo buona fede in ogni ambito della propria attività, negoziale o non negoziale, autoritativa o *iure privatorum*.
7. La Corte di Cassazione conclude rispondendo al quesito indicato al paragrafo 21 nel senso della piena applicabilità dei principi indicati nelle ordinanze del 2011 *a fortiori* nel caso in esame, stante l'assenza di qualsiasi atto di esercizio del potere amministrativo e la mancata emissione di un provvedimento amministrativo cui astrattamente ascrivere la lesione di un interesse legittimo.
La pronuncia in esame si rivela innovativa per la qualificazione della responsabilità da lesione da affidamento procedimentale in termini di contatto sociale, anche al di fuori del tradizionale ambito delle trattative prenegoziali, dove tale risultato era già stato raggiunto. In questo modo il privato potrà beneficiare, in tutte le ipotesi di accertato affidamento deluso da parte del comportamento della P.A., dell'applicazione della disciplina sulla responsabilità contrattuale, più vantaggiosa non solo in ragione del più ampio regime temporale di prescrizione e del meno gravoso onere probatorio per il danneggiato, ma anche e soprattutto per i parametri di *quantum* risarcibile: si pensi al mancato richiamo da parte dell'art. 2056 c.c. del criterio della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c.[66].
In punto di riparto di giurisdizione, la pronuncia invece si allinea all'orientamento precedente, sulla scorta delle pronunce del 2011, con la necessaria precisazione che l'affidamento tutelabile nel caso in esame prescinde dall'esistenza di un atto o provvedimento amministrativo, dipendendo esclusivamente da un comportamento della pubblica amministrazione contrario a buona fede e correttezza e non riconducibile neppure in via mediata all'esercizio del potere amministrativo, così da collocare il rapporto con il cittadino nell'alveo privatistico, con conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario.
Si rileva criticamente che le due conclusioni alle quali è giunta la sentenza in commento non sono tra di loro prive di una qualche forzatura. E' quantomeno discutibile la riconduzione alla categoria del mero comportamento materiale delle attività procedimentali poste in essere dal Comune, in quanto condotte inserite in un *iter* orientato all'emanazione di un provvedimento e scaturenti da una relazione qualificata tra privato ed ente pubblico. Per l'effetto, ravvisandosi l'esercizio di poteri pubblicistici anche nella fase procedimentale, la vicenda in esame dovrebbe essere ricollocata sotto la giurisdizione del giudice amministrativo, che sarà comunque chiamato a valutare la condotta pubblicistica secondo il canone di buona fede, visto che è proprio la più volte citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 5/2018 ad affermare che «anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (...), anche le norme generali dell'ordinamento civile». Alla luce della rimeditazione delle premesse argomentative, sembra anche più agevole sostenere che la relazione instauratasi nel procedimento determini la qualificazione della responsabilità in termini contrattuali, stante la preesistente relazione giuridicamente rilevante tra privato danneggiato e P.A. danneggiante.

---

[64] S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 121 ss, dove viene definita come «quella forma di responsabilità che scaturisce dalla violazione di obblighi privi della preordinazione a far conseguire al creditore una determinata utilità, quale che ne sia la natura»; Id., in *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 713, si sottolinea che essa. nel campo della violazione degli obblighi di protezione «assolve ad una pura funzione di salvaguardia della persona e del patrimonio dei soggetti dell'obbligazione o di relazioni sufficientemente corpose e affidanti da divenire rapporti giuridici».
[65] C. Scognamiglio, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, cit., spec. p. 1759.
[66] V. Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, p. 134; C. Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 93.