

**Rimessa all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla domanda di risarcimento del danno derivante da intervenuto annullamento di variante urbanistica e dei conseguenti permessi di costruire  
(Consiglio di Stato, sez. IV, ord. 4 marzo 2021 – 11 maggio 2021, n. 3701)**

La Sezione investe l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dei seguenti quesiti:

- a) se sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi siano risultati soccombenti in un giudizio amministrativo, proposto dal vicino, all'esito del quale sia stata annullata per vizi propri la medesima variante e siano stati annullati per illegittimità derivata i conseguenti permessi di costruire – e, più in generale, se sussista sempre la giurisdizione amministrativa quando – su domanda del ricorrente vittorioso o su domanda del controinteressato soccombente (che proponga un ricorso incidentale condizionato o un ricorso autonomo) – si debba verificare se il vizio di un provvedimento autoritativo, oltre a comportare il suo annullamento, abbia conseguenze sul piano risarcitorio);
- b) qualora sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda sub a) del controinteressato soccombente, quando sia giuridicamente configurabile un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo';
- c) qualora sussista la giurisdizione amministrativa e quand'anche si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole' del controinteressato soccombente, quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione.

\*\*\*

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA  
CON CONTESTUALE SENTENZA PARZIALE**

sull'appello n. 4605 del 2020, proposto dal Comune di Numana, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Miranda, con domicilio eletto presso il suo studio in Ancona, viale della Vittoria, n. 7;

contro

la signora Emanuela Bacchilega, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Minguzzi e Alessandra Ranci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Aurelio Giunchi in Roma, via Carlo Alberto, n. 8.

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, n. 268/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della signora Emanuela Bacchilega;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2021 il consigliere Daniela Di Carlo e uditi per le parti gli avvocati Maurizio Miranda e Alessandra Ranci, che partecipano alla discussione orale mediante collegamento da remoto su piattaforma Teams, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020.

1. L'appellata, con il ricorso di primo grado proposto al T.a.r. per le Marche, ha chiesto che il Comune di Numana venisse condannato al risarcimento dei danni subiti per avere ella confidato in buona fede nella legittimità degli atti di pianificazione urbanistica e dei titoli edilizi emanati dal medesimo Comune (alcuni dei quali in favore del suo dante causa) e in seguito annullati in sede giurisdizionale.

2. Più nel dettaglio, era accaduto che:

a) l'appellata, in data 28 marzo 2008, aveva acquistato dal proprio dante causa una porzione di un lotto al quale era stata impressa – in accoglimento di una specifica osservazione del medesimo precedente proprietario - una destinazione edificatoria con la deliberazione del consiglio comunale di Numana n. 23 del 27 aprile 2006, di approvazione di una variante generale al p.r.g.;

b) il permesso di costruire era stato rilasciato in favore del dante causa in data 11 marzo 2008 ed era stato parzialmente volturato in favore della appellata a seguito della compravendita stipulata tra le parti;

c) ancora successivamente, erano stati avviati i lavori di costruzione delle due unità immobiliari;

d) nel frattempo, la vicina di casa - che aveva impugnato sia l'atto di pianificazione, sia il primo titolo edilizio (con un ricorso notificato al suo dante causa), sia un permesso di costruire in variante (con motivi aggiunti notificati alla stessa appellata, divenuta medio tempore proprietaria dell'area), otteneva l'annullamento giurisdizionale della variante urbanistica per vizi propri e dei permessi di costruire per illegittimità derivata (con la sentenza n. 630 del 2011 del T.a.r. per le Marche, confermata da questa Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 3114 del 2014);

e) nel corso dell'anno 2015, il Comune - al dichiarato fine di ottemperare alle suddette sentenze e ritenendo che nella specie potesse trovare applicazione l'art. 38 del testo unico sull'edilizia n. 380/2001 - aveva emanato un atto di sanatoria delle opere edilizie in questione, contestato a sua volta dalla medesima vicina di casa, che nuovamente adiva il T.a.r. per le Marche con un ricorso di esecuzione per violazione del giudicato.

f) Il T.a.r., con la sentenza n. 698/2015, accoglieva anche questo secondo ricorso e ingiungeva la demolizione di quanto già realizzato.

g) A seguito di questa pronuncia, l'appellata ha proposto il ricorso di primo grado, ritenendosi ingiustamente lesa dalla 'condotta' tenuta dal Comune.

Più in particolare, a suo dire, sussisterebbero gli elementi costitutivi della responsabilità dell'Amministrazione, in quanto:

g.1) sul piano materiale, l'illegittimità degli atti comunali impugnati è stata accertata con sentenza passata in cosa giudicata ed è stata ulteriormente rilevata in sede di esecuzione al giudicato;

g.2) sul piano soggettivo, sarebbero evidenti la colpevolezza e la negligenza del Comune, sia per avere travisato - al momento dell'emanazione degli atti impugnati - il contenuto delle osservazioni presentate dal dante causa della appellata e di quelle della vicina di casa in ordine all'adozione e alla approvazione della variante urbanistica del 2004, sia per avere emanato l'atto di sanatoria in applicazione del citato art. 38, in assenza dei relativi presupposti;

g.3) sul piano del nesso di causalità, l'appellata ha affermato che ella non avrebbe acquistato la porzione del lotto di terreno, se il medesimo fosse stato privo della destinazione edificatoria, ed inoltre che non avrebbe mai cominciato o proseguito i lavori, se il Comune non avesse rilasciato il primo titolo edilizio al suo dante causa.

g.4) Infine, sul piano del danno ingiusto e della sua quantificazione, ella ha commisurato le seguenti voci:

- il valore dell'area edificabile, da cui va detratto il valore dell'area in base all'attuale destinazione agricola, e così per complessivi € 219.000,00 (ossia, € 224.000,00 - € 5.000,00);

- le spese relative ai lavori edilizi eseguiti fino al momento della pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato che ha confermato la sentenza di primo grado, a cui si sommano le spese per la demolizione delle opere realizzate, e così per complessivi € 44.576,95.

3. Il T.a.r., con la sentenza impugnata, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha condannato il Comune di Numana al pagamento in favore della ricorrente delle somme di cui al paragrafo 6.5. della motivazione, oltre alla corresponsione degli interessi dalla data di pubblicazione della medesima sentenza e fino al saldo, e al pagamento delle spese del giudizio liquidate in € 2.000,00, oltre accessori di legge.

4. Il Comune di Numana – che non si era costituito nel primo grado del giudizio - ha appellato la sentenza.

4.1. Col primo motivo d'appello, l'Amministrazione ha dedotto che non sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo sulla pretesa risarcitoria azionata a seguito dell'annullamento giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi impugnati dalla vicina di casa della appellata, e rivelatisi poi illegittimi e inidonei a soddisfare in maniera stabile e definitiva il suo originario interesse legittimo pretensivo.

4.2. Inoltre, il Comune ha dedotto che si sarebbe dovuta dichiarare tardiva la notificazione del ricorso di primo grado, essendo decorso il termine previsto dall'art. 30 c.p.a.

4.3. Nel merito, l'Amministrazione ha sostenuto l'erroneità della sentenza impugnata, la quale non avrebbe correttamente interpretato l'art. 30 c.p.a. in relazione agli artt. 2056 e 1227 del codice civile; in particolare, la sentenza non avrebbe adeguatamente considerato il comportamento tenuto dalla stessa appellata (che ha realizzato le opere 'a suo rischio e pericolo', in pendenza del giudizio di primo grado) e neppure il fatto che ella non avrebbe mai potuto vantare – come poi è stato accertato con la sentenza passata in giudicato – un'aspettativa giuridica meritevole di tutela al mantenimento degli effetti di atti rivelatisi illegittimi.

4.4. Ancora nel merito, il Comune ha dedotto la violazione dell'art. 30 c.p.a. e dell'art. 2043 c.c., perché il TAR avrebbe dovuto ravvisare l'insussistenza della colpa (da considerare quale elemento indefettibile per la sussistenza della responsabilità), per la complessità del travagliato iter amministrativo e giudiziario che ha riguardato la variante al p.r.g., con la quale si era attribuita la capacità edificatoria al lotto in questione, per soddisfare una specifica sollecitazione del dante causa dell'appellata.

Di tali censure, riguardanti il 'merito' della vicenda, si darà maggior conto ai successivi paragrafi 34 e 35 della presente ordinanza.

5. L'appellata si è costituita ed ha chiesto che il gravame sia respinto.

5.1. In via preliminare, ella ha eccepito l'inammissibilità del motivo d'appello sulla insussistenza della giurisdizione amministrativa, sotto svariati profili:

a) in primo luogo, perché il Comune di Numana, decidendo di non costituirsi nel primo grado del giudizio e sollevando soltanto in appello la questione di giurisdizione, le avrebbe sostanzialmente sottratto la possibilità di svolgere le proprie difese nel corso del giudizio di primo grado;

b) in secondo luogo, perché l'eccezione di difetto di giurisdizione sarebbe stata sollevata per la prima volta in appello, in violazione del divieto dei nova in appello, previsto dall'art. 104, comma 1, c.p.a.;

c) in terzo luogo, perché il motivo sarebbe infondato, attenendo la controversia ad un tipico caso di illegittimo esercizio del potere amministrativo accertato con efficacia di giudicato da una sentenza di annullamento di atti autoritativi, sicché la connessa e consequenziale domanda risarcitoria sarebbe proponibile dinanzi, nuovamente, al giudice amministrativo.

5.2. Ancora in via preliminare, l'appellata ha chiesto che sia ravvisata la tempestività del ricorso di primo grado, perché la sospensione feriale dei termini si applica a tutti i termini processuali, eccetto quelli espressamente esclusi, tra i quali ultimi non è annoverato quello previsto dall'art. 30 c.p.a.

5.3. Nel merito, l'appellata ha contestato in modo articolato le deduzioni del Comune appellante circa l'assenza degli elementi costitutivi dell'illecito ed ha chiesto la conferma della condanna disposta dalla sentenza impugnata.

6. Le parti hanno ulteriormente insistito sulle rispettive tesi difensive, mediante il deposito di documenti, di memorie integrative e di replica.

7. All'udienza pubblica del 4 marzo 2021, la causa è stata discussa dalle parti ed è stata trattenuta in decisione dalla Sezione.

8. In via preliminare, vanno esaminate le eccezioni con cui la parte appellata ha contestato sotto diversi profili, sia di rito sia di merito, l'ammissibilità del motivo formulato dal Comune appellante, sulla insussistenza della giurisdizione amministrativa.

9. Più nel dettaglio, ritiene il Collegio che non sia fondata l'eccezione dell'appellata, secondo la quale ella avrebbe 'perduto' un intero grado del giudizio (quello di primo grado) per controdedurre sul prospettato difetto di giurisdizione, in considerazione del fatto che:

a) rientra nella legittima facoltà processuale della parte intimata di difendersi o meno nel corso del giudizio amministrativo di primo grado;

b) l'appello al Consiglio di Stato, nei limiti dell'effetto devolutivo e delle preclusioni e delle decadenze già verificatesi, rappresenta un mezzo di gravame e non un mero mezzo di impugnazione, sicché l'intera materia del contendere è rimessa all'intero giudizio in sede d'appello;

- c) il soccombente in primo grado, anche se non si è costituito nel relativo giudizio, con l'atto d'appello può formulare tutte le sue difese di rito e di merito, al fine di ottenere la riforma della sentenza impugnata;
- d) l'art. 9 del c.p.a. disciplina specificamente i limiti al rilievo officioso del difetto di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato ("Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione");
- e) il giudicato sulla questione di giurisdizione si forma soltanto all'esito dell'esperimento (o della decorrenza dei termini) dei mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento processuale e rispetto alla sua formazione non ha rilevanza il fatto che la parte intimata non si sia costituita nel primo grado del giudizio.

Anche l'eccezione concernente l'asserita violazione del divieto dei *cd nova* in appello non è fondata. L'ambito di efficacia oggettiva entro cui opera l'istituto in questione riguarda il divieto per le parti di ampliare le difese articolate nel precedente grado del giudizio, poiché la formazione della materia del contendere è rimessa al potere dispositivo delle parti *secundum alligata et probata*.

Ne consegue che la questione sulla insussistenza della giurisdizione amministrativa ben poteva essere formulata per la prima volta dal Comune in appello per rimuovere la sua soccombenza, così come espressamente consentito dall'art. 9 del c.p.a., pur in assenza della sua costituzione nel primo grado del giudizio.

Il primo motivo d'appello risulta dunque ammissibile.

10. L'ultima questione preliminare da esaminare – sollevata dall'appellata - afferisce alla questione se sia fondata la deduzione del Comune, per la quale sussisterebbe la giurisdizione del giudice civile sulla controversia de qua.

10.1. Prima di affrontare tale questione di giurisdizione, che rappresenta l'oggetto del primo quesito sottoposto alla valutazione della Adunanza Plenaria, la Sezione rileva che vada esaminato il motivo d'appello, secondo cui si dovrebbe rilevare la tardività del ricorso di primo grado.

10.2. A questo proposito va rilevato che l'accertamento dei presupposti processuali riguarda, nell'ordine, la giurisdizione, la competenza, la capacità delle parti, lo *ius postulandi*, la ricevibilità e la eventuale rimessione in termini, il contraddittorio e l'estinzione del giudizio, mentre l'accertamento delle condizioni dell'azione concerne l'interesse ad agire, il titolo o la legittimazione al ricorso, la *legitimatio ad causam* (v. la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015).

Ciò significa che in linea di principio si dovrebbe definire con priorità la questione sulla sussistenza o meno della giurisdizione amministrativa.

10.3. Nel caso di specie, tuttavia, la Sezione ritiene che vada decisa con priorità la questione sulla ricevibilità del ricorso di primo grado, il cui superamento consente di devolvere all'esame dell'Adunanza Plenaria la specifica questione di giurisdizione.

10.3. Ad avviso della Sezione, la deduzione del Comune appellante – sulla tardività del ricorso di primo grado - non è fondata e va, pertanto, respinta.

L'art. 30, comma 5, del c.p.a. dispone che "Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza".

Gli atti impugnati dalla vicina – la variante urbanistica ed i permessi di costruire - sono stati annullati dal TAR per le Marche con la sentenza n. 630 del 2011, confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 3114 del 2014, pubblicata in data 19 giugno 2014 e passata in giudicato, a seguito dello spirare dei termini previsti per la sua impugnazione (con ricorso per revocazione o per cassazione), in data 3 febbraio 2015.

Il ricorso con cui l'appellata ha formulato la domanda di risarcimento del danno è stato portato alla notificazione in data 2 dicembre 2014, che si è perfezionata il successivo 3 dicembre 2014 (v. la cartolina di ricevimento allegata al ricorso di primo grado), ben prima del passaggio in giudicato della sentenza recante l'annullamento degli atti, dunque nel rispetto del termine di decadenza di 120 giorni, previsto dal citato art. 30, comma 5, del c.p.a.

Dagli atti processuali non risulta, invece, che la sentenza di questa Sezione pubblicata il 19 giugno 2014 sia stata oggetto di notificazione a cura della parte, circostanza che avrebbe determinato l'applicazione del termine breve di sessanta giorni per il suo passaggio in cosa giudicata e, dunque, il necessario ricalcolo del termine per la proposizione tempestiva del ricorso ai sensi dell'art. 30, comma 5, del c.p.a.

Di conseguenza, quand'anche si ritenga che il comma 5 riguardi qualsiasi domanda risarcitoria formulata dopo una sentenza di annullamento (non solo quella del ricorrente vittorioso, ma anche quella del controinteressato – o suo avente causa - soccombente), il termine da esso previsto risulta rispettato.

11. Si può dunque passare ad esporre le ragioni della rimessione all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo.

12. La questione in contestazione tra le parti riguarda l'individuazione del giudice (civile o amministrativo) fornito di giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno proposta dal destinatario di una favorevole variante urbanistica e dei conseguenti 'provvedimenti ampliativi', per i pregiudizi conseguenti all'annullamento dei medesimi provvedimenti, disposto dal giudice amministrativo in accoglimento di un altrui ricorso.

13. La Sezione ritiene opportuno che sulla questione si pronunzi con la sua istituzionale autorevolezza l'Adunanza plenaria, poiché non vi sono in materia univoci orientamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

14. Al riguardo, la Sezione preliminarmente rileva che la questione di principio riguarda non solo i casi in cui in una materia sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (nella specie, la controversia riguarda le conseguenze dell'annullamento di atti di pianificazione e di permessi di costruire, dunque di atti emanati nelle materie dell'urbanistica e dell'edilizia), ma anche i casi in cui sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità, quando il soggetto controinteressato nel processo amministrativo - una volta che si sia determinata la soccombenza 'sua e dell'Amministrazione' con l'annullamento di un favorevole atto impugnato - intenda ottenere dall'Amministrazione medesima un risarcimento del danno, proprio perché è stato emanato il provvedimento per lui favorevole, ma che poi è stato annullato, perché risultato illegittimo.

15. Sulla questione di giurisdizione in esame si sono *funditus* pronunciate le tre ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno affermato la giurisdizione del giudice civile nelle controversie avente per oggetto le domande risarcitorie formulate:

- dal beneficiario di una concessione edilizia poi legittimamente annullata in sede di autotutela, il quale lamentava la lesione di un suo affidamento (si tratta della ordinanza n. 6594 del 2011);
- da chi aveva ottenuto dapprima una attestazione sull'edificabilità di un'area (utile per valutare la convenienza di un acquisto, rivelatasi insussistente) e poi una concessione edilizia legittimamente annullata in sede giurisdizionale, il quale anche in tal caso lamentava la lesione di un suo affidamento (si tratta della ordinanza n. 6595 del 2011);
- da chi aveva ottenuto una aggiudicazione di una gara d'appalto di un pubblico servizio, annullata in sede giurisdizionale, il quale anche in tal caso lamentava la lesione di un suo affidamento (si tratta della ordinanza n. 6596 del 2011).

16. Con tali ordinanze, le Sezioni Unite:

- hanno superato il proprio precedente orientamento, per il quale – per la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa – rileva la riconducibilità della controversia ad una delle materie indicate dalla legge, rientrandovi anche tutte le controversie di natura risarcitoria (v. la sentenza n. 8511 del 2009);
- hanno evidenziato che chi aveva proposto le domande risarcitorie non poneva in discussione la legittimità degli atti di annullamento (in via amministrativa o giurisdizionale) di quelli ampliativi della loro sfera giuridica (questione ovviamente esaminabile dal giudice avente giurisdizione sugli atti autoritativi, e cioè dal giudice amministrativo, che peraltro in almeno due dei casi sopra indicati aveva annullato gli atti impugnati), ma lamentava la 'lesione dell'affidamento' riposto nella legittimità degli atti annullati e chiedeva il risarcimento dei danni subiti per aver orientato sulla base di questi le proprie scelte negoziali o imprenditoriali;
- hanno ritenuto che sarebbe ravvisabile un 'diritto all'integrità del patrimonio', la cui lesione, cagionata con la 'lesione dell'affidamento', determinerebbe la sussistenza della giurisdizione del giudice civile.

17. Peraltro, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno poi affermato principi anche divergenti da quelli posti a base delle citate ordinanze del 2011.

18. Alcune pronunce (nn. 17586/2015, 12799/2017, 15640/2017, 19171/2017, 1654/2018, 4996/2018, 22435/2018, 32365/2018, 4889/2019, 6885/2019 e 12635/2019) si sono poste in linea di continuità con le ordinanze del 2011 ed hanno affermato che:

- a) la controversia sulla domanda risarcitoria formulata da chi abbia fatto 'incolpevole affidamento' su di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica, successivamente annullato, rientrerebbe nella giurisdizione del giudice civile, perché avrebbe ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo, bensì di un diritto soggettivo;
- b) tale diritto sarebbe quello alla 'conservazione dell'integrità del patrimonio', leso dalle scelte compiute confidando nella legittimità del provvedimento amministrativo poi annullato.

19. Altre pronunce delle Sezioni Unite, invece, hanno affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa:

- per Sez. Un., n. 8057 del 2016, «l'azione amministrativa illegittima - composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi - non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare, essendo controverso l'agire provvedimentoale nel suo complesso, del quale l'affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione»;

- per Sez. Un., n. 13454 del 2017, «la giurisdizione esclusiva prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative ad interessi legittimi della fase 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»;

- per Sez. Un., n. 13194 del 2018, i principi fissati nelle ordinanze del 2011 non sono applicabili quando non vi sia stato un provvedimento ampliativo della altrui sfera giuridica.

20. Come si è già sopra evidenziato, il contrasto di vedute sulla questione si è verificato anche nell'ambito della giurisprudenza amministrativa.

Di tale contrasto ha dato conto esaurientemente l'ordinanza n. 2013 del 2021 della Sezione Seconda del Consiglio di Stato, riguardante una domanda risarcitoria conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento ampliativo, in materia di governo del territorio.

Tale ordinanza ha riscontrato “un contrasto giurisprudenziale in punto di giurisdizione all'interno del Consiglio di Stato, atteso che in alcune pronunce (cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 27 settembre 2016, n. 3997; Consiglio di Stato, sezione IV, sentenze 25 gennaio 2017, n. 293, e 20 dicembre 2017, n. 5980; Consiglio di Stato, sezione VI, 13 agosto 2020, n. 5011) si è aderito alla traiettoria argomentativa sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, con le ordinanze del 32 marzo 2011, numeri 6594, 6595 e 6596, e con altre ordinanze (4 settembre 2015, n. 17586, 22 maggio 2017, n. 12799; 22 giugno 2017, n. 15640, 2 agosto 2017, n. 19171, 23 gennaio 2018, n. 1654, 2 marzo 2018, n. 4996, 24 settembre 2018, n. 22435, 13 dicembre 2018, n. 32365, 19 febbraio 2019, n. 4889, 8 marzo 2019, n. 6885, 13 maggio 2019, n. 12635, e 28 aprile 2020, n. 8236) si è affermato che la domanda risarcitoria proposta nei confronti della pubblica amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria (anche nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione del diritto soggettivo alla sua integrità patrimoniale oppure (più recentemente) di una lesione all'affidamento incolpevole quale situazione giuridica soggettiva autonoma, dove l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento.

Per contro, in altre pronunce (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23 febbraio 2015, n. 857; T.a.r. Abruzzo, Sezione di Pescara, 20 giugno 2012, n. 312) si è affermato che, nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, le domande relative al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati rientrerebbero nell'ambito della cognizione del giudice amministrativo; in tal senso si sono peraltro espresse le sezioni unite della Corte di cassazione con le ordinanze 21 aprile 2016, n. 8057, e 29 maggio 2017, n. 13454 (per l'ipotesi di annullamento in autotutela di provvedimento di affidamento di servizio pubblico)”.

21. Così delineate le diverse posizioni della giurisprudenza, vanno esposti gli argomenti formulati a sostegno dell'uno o dell'altro indirizzo interpretativo.

22. Più in particolare, a sostegno del 'primo orientamento' sulla sussistenza della giurisdizione civile, la ratio decidendi seguita negli anni dalle Sezioni Unite è stata così compendiata dalla ordinanza n. 8236 del 2020:

- "la giurisdizione amministrativa presuppone l'esistenza di una controversia sul legittimo esercizio di un potere autoritativo lesivo di un interesse del singolo ed è preordinata ad apprestare tutela (cautelare, cognitoria ed esecutiva) contro l'agire pubblicistico della pubblica amministrazione;
- l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno conseguente al modo in cui essa ha esercitato il potere tende a rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche quella del risarcimento del danno; tale attribuzione, tuttavia, non individua una nuova materia attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo (quest'ultima affermazione risale, peraltro, a C. cost. n. 204/2004 § 3.4.1)";
- "l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria costituisce, quindi, uno strumento ulteriore, complementare rispetto alla tradizionale tutela demolitoria, per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione";
- "il presupposto perché si possa predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, tuttavia, è che il danno di cui si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo; in altri termini, che la causa petendi dell'azione di danno sia la illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione";
- "esula, pertanto, dalla giurisdizione amministrativa la domanda con cui il destinatario di un provvedimento illegittimo ampliativo della sua sfera giuridica chieda il risarcimento del danno subito a causa della emanazione e del successivo annullamento (ad opera del giudice o della stessa pubblica amministrazione, in via di autotutela) di tale provvedimento; la causa petendi di detta domanda, infatti, non è la illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì la lesione dell'affidamento dell'attore nella legittimità del medesimo".

23. Per l'opposto 'secondo orientamento', tali considerazioni non applicano correttamente né il nesso di presupposizione logico-giuridica tra le premesse e le conclusioni, né il rapporto di causa/effetto tra la causa petendi e le conseguenze dell'annullamento del provvedimento favorevole a chi poi proponga la domanda risarcitoria.

Tale orientamento condivide le prime tre affermazioni enunciate dalle Sezioni Unite, sopra riportate al § 22.

Nella sostanza, la condivisione delle relative affermazioni si basa su due principi incontrovertibili, evincibili anche dalle disposizioni del codice del processo amministrativo (nelle quali sono state trasfuse le univoche statuizioni della Corte Costituzionale), e cioè che:

- a) la giurisdizione amministrativa postula che vi sia controversia sul legittimo esercizio o sul mancato esercizio di un potere autoritativo lesivo di una situazione soggettiva (v. l'art. 7 del c.p.a.);
- b) la tutela risarcitoria costituisce una tecnica di tutela delle situazioni soggettive, complementare o alternativa rispetto a quella demolitoria, e non già un'ulteriore materia da ripartire tra i giudici (v. le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 della Corte Costituzionale).

24. Il 'secondo orientamento' non condivide, invece, l'affermazione secondo cui esulerebbe dalla giurisdizione amministrativa la domanda con cui il destinatario di un provvedimento per lui favorevole – ma illegittimo - chieda il risarcimento del danno subito conseguente alla sua emanazione e al suo successivo annullamento (disposto in sede giurisdizionale o amministrativa).

25. La critica principale si appunta sulla inversione logica che si verrebbe ad operare tra la causa petendi della domanda risarcitoria e la natura dell'illegittimità amministrativa perpetrata, e dunque, in definitiva, sul rapporto tra causa ed effetto.

In altre parole, secondo questo diverso indirizzo ermeneutico, la causa petendi della domanda risarcitoria non potrebbe essere 'appiattita' sulla tradizionale distinzione, nell'ambito degli interessi legittimi, tra interesse pretensivo e interesse oppositivo, come se l'interesse del privato alla legittimità dell'azione amministrativa potesse essere ridotto, nell'ambito di quello pretensivo, alla distinzione tra il conseguimento legittimo dell'atto (non vi è dubbio che ciò debba sempre essere, se non altro per il principio di legalità amministrativa), e il suo successivo mantenimento, trascurando del tutto il nesso relazionale all'interno del quale si svolge il rapporto giuridico procedimentale tra Amministrazione pubblica e privato.

26. Occorre dunque approfondire la questione sulla posizione giuridica di chi entri in relazione con l'Amministrazione pubblica, attraverso un rapporto procedimentalizzato.

Al riguardo, il primo indirizzo ha dato rilievo ad una situazione soggettiva creata ad hoc, dapprima identificata nel 'diritto alla conservazione del patrimonio' e poi, melius re perpensa, rinominata come 'diritto alla tutela dell'affidamento'.

Più in particolare, sono state le stesse Sezioni Unite, con l'ordinanza n. 8236 del 2020, a ritornare sulle proprie definizioni e a superare l'invalso convincimento che – per le precedenti pronunce delle Sezioni Unite - rintracciava la situazione soggettiva del privato lesa dalla delusione delle aspettative generate dal comportamento della pubblica amministrazione nel 'diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio'.

Secondo l'ordinanza in commento, "il patrimonio di un soggetto è l'insieme di tutte le situazioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo. La conservazione dell'integrità del patrimonio, pertanto, altro non è che la conservazione di ciascuno dei diritti, e delle altre situazioni soggettive attive, che lo compongono. La nozione di "diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio" risulta dunque, in definitiva, priva di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto. Va invece ribadito che la situazione soggettiva lesa a cui si riferiscono i principi affermati nelle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 e in quelle successive conformi - a cui queste Sezioni Unite intendono dare conferma e seguito - si identifica nell'affidamento della parte privata nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione".

Al di là dell'avvenuta rinomenclatura, queste osservazioni - che mirano a supportare il 'primo orientamento' – si sono basate su ulteriori considerazioni di natura sostanziale e processuale.

Sul piano sostanziale, le Sezioni Unite non hanno attribuito rilievo alle posizioni giuridiche soggettive riconducibili alla dinamicità del procedimento amministrativo, nel rapporto tra chi abbia chiesto ed ottenuto il provvedimento e l'Amministrazione pubblica, ed hanno individuato un distinto titolo giuridico 'dell'obbligazione', considerando rilevante l'art. 1173 del codice civile, per il

quale “Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico”.

Nel richiamare categorie, istituti e figure soggettive del diritto civile, questo distinto titolo giuridico è stato fatto discendere (come già prima evidenziato, prima sub specie del ‘diritto alla conservazione del patrimonio’, poi come ‘diritto connesso al legittimo affidamento’) dal principio generale del *neminem laedere*.

Sul piano processuale, invece, il considerare irrilevante il nesso sussistente tra l’interesse legittimo del privato - l’avvenuto esercizio del potere e la posizione giuridica dell’eventuale controinteressato che abbia ottenuto l’annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale - ha indotto le Sezioni Unite a ravvisare una distinta situazione soggettiva devoluta alla giurisdizione del giudice civile.

27. La Sezione – nel rimettere all’esame dell’Adunanza Plenaria la questione di giurisdizione – ritiene che in linea di principio si dovrebbe affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, ai sensi degli articoli 7 e 133 del codice del processo amministrativo, potendo non risultare convincenti le considerazioni sostanziali e quelle processuali poste a base del ‘primo orientamento’.

28. Per quanto concerne il piano sostanziale, non può essere sottovalutata la natura tipicamente relazionale dell’interesse legittimo pretensivo, e cioè della posizione (che come l’interesse legittimo oppositivo o difensivo) correlativa all’esercizio pur illegittimo del pubblico potere.

28.1. L’interesse legittimo pretensivo esprime, ad un tempo, sia l’interesse sostanziale rappresentato dalla pretesa ad ottenere un ‘bene della vita’, sia l’interesse procedimentale per cui il provvedimento finale sia emanato seguendo il procedimento previsto dalla legge.

Non si tratta di un mero interesse ‘occasionalmente protetto’ (adoperando una espressione tipica degli albori della giustizia amministrativa), cioè protetto per il tramite della tutela primaria della legalità amministrativa, bensì di una situazione giuridica immediata, diretta, concreta e personale del privato (per i relativi approfondimenti, v. anche la sentenza n. 7 del 2021 dell’Adunanza Plenaria).

Può risultare dunque artificioso il sovrapporre a una tale posizione giuridica soggettiva – riferibile ad un rapporto di diritto pubblico tra il richiedente e l’Amministrazione - una diversa situazione sostanziale (da richiamare per individuare una ‘diversa’ giurisdizione), basata sul principio del *neminem laedere* (il cui ambito di efficacia prescinde dalla esistenza di un preesistente rapporto tra danneggiante e danneggiato) o anche su un ‘contatto sociale’ (categoria che può giustificare nell’ambito della giurisdizione civile la soluzione secondo giustizia di determinate tipologie di controversie senza alterare i criteri di riparto della giurisdizione, ma che di per sé è incongruamente richiamata quando si tratti dell’esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere, come ha chiaramente evidenziato anche la citata sentenza n. 7 del 2021 dell’Adunanza Plenaria).

28.2. In quest’ottica prospettica, per considerazioni sistematiche la Sezione ritiene che l’interesse pretensivo risulta di per sé leso quando l’Amministrazione emana il diniego avente natura autoritativa, ovvero resta inerte (risultando illogico e in contrasto con la legge n. 241 del 1990 il ritenere che nel corso del procedimento l’inerzia dell’attività amministrativa – disciplinata dalle leggi amministrative sostanziali e processuali – sia definibile come un comportamento sottoposto al diritto privato).

L’interesse pretensivo:

- costituisce il presupposto logico-giuridico del diritto che poi vanta il richiedente, qualora in accoglimento della istanza vi sia il rilascio di un permesso, di una concessione, di una licenza o di un altro atto abilitativo 'comunque denominato';

- ridiventa configurabile, allorquando l'Amministrazione in sede di autotutela o il giudice in sede giurisdizionale abbia annullato l'atto abilitativo, estinguendo di conseguenza quel diritto di per sé configurabile solo quando l'atto abilitativo favorevole risulti ancora efficace.

In altri termini, quando è annullato (in sede amministrativa o giurisdizionale) il provvedimento favorevole, il più delle volte l'istanza originaria del richiedente non può che risultare infondata e va respinta.

Nella prassi, quando l'Amministrazione dapprima accoglie una istanza e poi annulla il titolo abilitativo perché risultato illegittimo, il secondo provvedimento comporta – anche se ciò non è esplicitato *expressis verbis* – il rigetto della istanza medesima.

Lo stesso avviene in sostanza quando sia rilasciato un atto abilitativo (ad esempio, un permesso di costruire) e questo sia annullato dal giudice amministrativo su istanza di chi vi abbia interesse (ad esempio, 'del vicino', come è avvenuto nel caso della variante urbanistica e dei permessi rilasciati dal Comune di Numana).

In tal caso, nella prassi l'annullamento dell'espresso titolo abilitativo da parte del giudice amministrativo, in accoglimento del ricorso di chi vi abbia interesse, non sempre è seguito da un formale ed espresso ulteriore provvedimento negativo, di rigetto della originaria istanza.

Infatti, a seconda dei casi, l'annullamento del titolo abilitativo da parte del giudice può comportare sia la rinnovazione del procedimento e il rilascio di un ulteriore titolo abilitativo (se ne sussistono tutti i presupposti), oppure la sostanziale fine della vicenda, perché dalla sentenza del giudice amministrativo si desume che il vizio dell'atto abilitativo è di per sé è insanabile, pur se un formale diniego non è emanato dopo la sentenza di annullamento.

Ciò che rileva, sul piano sostanziale, è il fatto che – con l'annullamento dell'atto abilitativo – non sussiste più il diritto in precedenza sorto e torna ad esservi un interesse pretensivo che però non può più essere soddisfatto, quando un tale esito sia desumibile dalla sentenza del giudice amministrativo (di cui può anche prendere atto un ulteriore provvedimento, questa volta negativo, conseguente all'annullamento dell'atto abilitativo precedente).

28.3. Allorquando sia stato annullato l'atto abilitativo e dunque non sia più configurabile il diritto ad esso conseguente, l'originario richiedente torna ad essere titolare di un interesse legittimo.

In fondo, si tratta del ripristino della dinamica delle posizioni giuridiche, già segnalata dalla Seconda Sezione, con l'ordinanza n. 2013 del 2021: il ricorrente ed il controinteressato, beneficiario in quanto tale dell'atto abilitativo impugnato, sono titolari di contrapposti interessi legittimi nel corso del procedimento, sicché – una volta che la sentenza amministrativa abbia annullato il titolo abilitativo – il controinteressato non risulta più titolare del diritto che era sorto con l'atto ormai annullato.

In altri termini, il controinteressato soccombente va qualificato come titolare di una posizione soggettiva contrapposta e speculare a quella del ricorrente vittorioso, in un quadro nel quale tra di loro e nei confronti dell'Amministrazione non vi sono diritti soggettivi da fare valere.

28.4. Qualora il controinteressato soccombente nel giudizio di legittimità intenda formulare una domanda risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione anch'essa soccombente, la relativa causa petendi riguarda proprio il come è stato in precedenza esercitato il potere amministrativo e si deve

verificare se il vizio dell'atto – oltre ad aver comportato il suo annullamento – deve avere conseguenze sul piano risarcitorio.

Come ha evidenziato la Corte Costituzionale con le sentenze n. 292 del 2000 (§ 3.3.), n. 204 del 2004 (§ 3.4.1.) e n. 191 del 2006 (4.2.), la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per il caso di domanda risarcitoria della lesione arrecata all'interesse legittimo, si giustifica poiché la pretesa risarcitoria consiste in un rimedio ulteriore, che l'ordinamento ormai riconosce, quando è stato leso l'interesse legittimo.

28.5. Per un principio di simmetria, la lesione arrecata all'interesse legittimo è configurabile sia quando l'istanza non sia accolta e vi sia un diniego poi annullato su ricorso del richiedente, sia quando l'istanza sia accolta e il titolo abilitativo sia annullato su ricorso di chi vi abbia interesse.

In entrambi i casi, non sono ravvisabili (ab origine o a seguito dell'atto o della sentenza di annullamento) diritti soggettivi e rileva l'art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo, per il quale 'sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni'.

Il comma 1 si è espressamente riferito alle controversie 'concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo' e risulta dunque testualmente applicabile a tutte le controversie che sorgono quando vi sia stato l'esercizio del pubblico potere e vi sia chi si dolga del suo illegittimo esercizio.

28.6. L'art. 7 – anche per le considerazioni poste a base delle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 della Corte Costituzionale – si ispira al principio per il quale il giudice amministrativo è il 'giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica', esercizio che con evidenza vi è non solo quando un diniego illegittimamente respinga una istanza, ma anche quando un illegittimo titolo abilitativo accolta l'istanza.

28.7. Ragionando diversamente, si produrrebbe un ingiustificato e irragionevole scollamento tra fatto e diritto, tra procedimento e processo, sottraendo al giudice amministrativo – che per l'art. 103 della Costituzione conosce degli interessi legittimi - una parte fondamentale dell'agire amministrativo, e cioè quello autoritativo manifestatosi attraverso provvedimenti favorevoli al richiedente, ma giuridicamente non rispettosi del paradigma legale.

Sotto tale profilo, va rimarcato che l'art. 103 della Costituzione – anche sulla base dei lavori della Assemblea Costituente – ha attribuito uno specifico significato tecnico-giuridico alla nozione di interesse legittimo, la quale – quando si tratti dello svolgimento dell'azione amministrativa e degli atti autoritativi - non può essere elusa sulla base di ricostruzioni teoriche che vi sovrappongano diritti in realtà non qualificati come tali dalla legge.

28.8. In altre parole, la pretesa risarcitoria – quando si basa su quanto è accaduto in sede di esercizio del potere amministrativo 'autoritativo' o nel corso del procedimento amministrativo – non è riconducibile ad un comportamento o a una condotta di rilievo privatistico o svolta 'in via di mero fatto' e che potrebbe essere serbata da un quisque de populo in spregio al principio del *neminem laedere*, ma si duole dell'esercizio (o del mancato esercizio) del potere amministrativo, disciplinato dal diritto pubblico:

a) sotto l'aspetto soggettivo, si tratta di provvedimenti e di attività della pubblica Amministrazione;

b) sotto l'aspetto oggettivo, si tratta di poteri disciplinati dalla legge n. 241 del 1990 e dalle altre leggi amministrative;

c) sotto l'aspetto funzionale, si tratta di verificare le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere. Sotto l'aspetto normativo, la domanda risarcitoria - nel caso in esame - si basa non sulla illiceità di un 'comportamento' (comunque riconducibile all'esercizio del potere), bensì sull'emanazione sia pure illegittima del provvedimento autoritativo, con la conseguente applicazione dell'art. 7, comma 1, e dell'art. 133, comma 1, lettera f), del codice del processo amministrativo, per il quale sussiste la giurisdizione esclusiva sulla medesima domanda risarcitoria: è ben difficile sostenere che la domanda risarcitoria non abbia per 'oggetto' il 'come' sia stato esercitato il potere amministrativo con il provvedimento annullato (e nella materia urbanistica, nel caso in esame), per i chiari enunciati dell'art. 7 e dell'art. 133 sopra richiamati.

29. A questo proposito, la menzionata ordinanza n. 2013 del 2021 della Sezione Seconda del Consiglio di Stato ha già osservato che è prioritario qualificare l'illecito in senso logico ed eziologico, anziché in senso meramente cronologico ("atteso che l'ordinamento attribuisce, in ossequio al principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, alla cognizione del giudice amministrativo tutti gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dall'esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l'amministrazione e che la circostanza che il danno non sia direttamente cagionato dal provvedimento, ma derivi dal suo annullamento, attiene soltanto al piano cronologico e non, per contro, a quello logico ed eziologico, stante la riconducibilità diretta del pregiudizio al provvedimento amministrativo").

29.1. Il criterio di riparto della giurisdizione, che trascina con sé la cognizione sull'azione risarcitoria intesa come tecnica di tutela e non come autonoma materia a sua volta da ripartire, non si basa sulla satisfattività o meno della situazione soggettiva, ma sulla sua natura giuridica ("In sostanza, l'orientamento favorevole alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria si basa sul presupposto per cui vi sarebbe l'interesse legittimo soltanto a fronte della illegittima negazione di un bene della vita e non dinanzi all'illegittimo - e, pertanto, necessariamente instabile - riconoscimento di siffatto bene. Quest'impostazione, tuttavia, non appare in sintonia con il generale criterio di riparto sancito dalla Costituzione che non condiziona la natura delle situazioni soggettive (diritto soggettivo/interesse legittimo), rilevante per la concreta applicazione del criterio, al carattere satisfattivo o non satisfattivo del provvedimento amministrativo").

29.2. Il giusto processo, tra i suoi principali corollari, ha il principio della concentrazione delle tutele. "Inoltre l'opposta soluzione potrebbe condurre ad esiti disarmonici, atteso che, in base ad essa, laddove il risarcimento venga chiesto dal controinteressato - titolare di un interesse legittimo specularmente a colui che ha ottenuto dalla pubblica amministrazione - per i danni causatigli da un provvedimento illegittimo vi sarebbe giurisdizione del giudice amministrativo su tale domanda, mentre, qualora la domanda risarcitoria sia avanzata dal soggetto destinatario del medesimo illegittimo provvedimento (a lui favorevole), la giurisdizione si radicherebbe presso l'autorità giudiziaria ordinaria. Da uno stesso giudizio dinanzi al giudice amministrativo sul provvedimento, conclusosi con pronuncia caducatoria, potrebbero, quindi, gemmare due differenti domande risarcitorie, vagliate da due differenti plessi giurisdizionali, il che non sembra conforme alla coerenza del sistema processuale, nonché al principio di parità di trattamento e di concentrazione

delle tutele, considerato peraltro che la Corte costituzionale, con la sentenza 15 luglio 2016, n. 179, ha precisato che «l'ordinamento non conosce materie "a giurisdizione frazionata", in funzione della differente soggettività dei contendenti».

29.3. In altri termini, ragioni di coerenza sistematica – di per sé rilevanti anche per ravvisare la ragionevolezza delle soluzioni legislative (o delle loro esegesi), ponendosi altrimenti serie questioni di legittimità costituzionale con riferimento agli articoli 3, 97 e 103 della Costituzione – sembrano imporre di ritenere che – una volta annullato un atto abilitativo – il giudice amministrativo ha giurisdizione su ogni domanda risarcitoria proposta nei confronti dell'Amministrazione:

- quella formulata da quel vicino che impugni il permesso di costruire (con il medesimo ricorso introduttivo o con una domanda proposta dopo la sentenza di annullamento);
- quella formulata dal titolare del permesso di costruire, che sia la parte controinteressata nel giudizio di cognizione proposto contro tale provvedimento (con un ricorso incidentale condizionato all'accoglimento eventuale dalla domanda di annullamento o – come nel caso di specie – con un ricorso autonomo dopo l'annullamento del permesso).

29.4. Affermare la sussistenza della giurisdizione del giudice civile sembra dunque contrastare anche con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, per la quale il giudice amministrativo è il 'giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica': tale funzione si deve necessariamente sindacare quando si esamina la domanda risarcitoria, formulata dal controinteressato risultato soccombente nel giudizio amministrativo di legittimità.

30. Inoltre, dovrebbe rilevare anche l'aspetto ricostruttivo e di sistema sotto il profilo della qualificazione della responsabilità giuridica in cui incorre l'Amministrazione pubblica.

30.1. La tesi che individua nel giudice civile il giudice fornito di giurisdizione a conoscere la situazione soggettiva dell'affidamento giunge a questo risultato processuale, come si è già esposto, perché afferma che sul piano sostanziale la lesione discende dalla violazione non delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo, bensì delle regole di correttezza e buona fede di diritto privato, che anche l'Amministrazione pubblica è tenuta a rispettare, sulla base del principio del *neminem laedere*.

30.2. Il 'secondo orientamento' replica a queste affermazioni, reputandole non pertinenti alla fattispecie all'esame.

Si è affermato, in primo luogo, che il tema dell'individuazione del giudice fornito di giurisdizione sulla domanda risarcitoria da provvedimento favorevole poi annullato non avrebbe nulla a che vedere col principio di diritto secondo cui, "non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)".

Quest'ultimo principio (ribadito anche dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018) riguarda l'affermazione di una regola che consente di ottenere dal giudice amministrativo la tutela risarcitoria in presenza dei relativi presupposti e di per sé non consente di desumere che dovrebbe esservi la giurisdizione del giudice civile su un'altra tipologia di controversie risarcitorie.

In questa prospettiva, il principio secondo cui la violazione delle regole di condotta non è causa di invalidità dell'atto, bensì fonte di responsabilità civile, non solo non risulta decisiva nel senso dell'affermazione della giurisdizione del giudice civile, ma costituisce, anzi, un argomento

erroneamente utilizzato rispetto alla problematica del riparto di giurisdizione, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, il criterio del riparto è fondato sulla situazione soggettiva, e non sui principi di diritto o sulle regole di condotta (la tutela dell'affidamento, sia nella tradizione giuridica romanistica, sia in quella europea, sia in quella interna civilistica, rappresenta un principio generale del diritto e, guardato dall'angolo prospettico delle regole di condotta, esprime la reazione al tradimento della fiducia malriposta, ma non costituisce di per sé un'autonoma situazione soggettiva: anche per la più recente giurisprudenza della Cassazione il diritto alla conservazione del patrimonio non è un vero e proprio 'diritto', bensì un'espressione sintetica per esprimere il concetto, descrittivo d'insieme, dell'appartenenza ad un soggetto di una certa posizione giuridica).

La tutela dell'affidamento costituisce un 'principio', piuttosto che una 'situazione soggettiva', che consente di valutare il comportamento delle parti che entrano in relazione tra di loro e se vi sia stata la violazione di un legittimo affidamento che dà luogo ad un comportamento antiggiuridico e alla conseguente responsabilità.

In secondo luogo, la condanna al risarcimento del danno – come si è già evidenziato - costituisce una 'tecnica di tutela' della posizione giuridica soggettiva, e non un'ulteriore 'materia' da ripartire.

Oltre a rilevare il sopra riportato art. 7, comma 1, del c.p.a. (sulla sussistenza della giurisdizione amministrativa sulle controversie 'concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo'), vanno richiamati i commi 4 e 5 del medesimo art. 7, i quali hanno specificato che tra le controversie sono ricomprese quelle risarcitorie, connesse e consequenziali, rispettivamente, alle situazioni di interesse legittimo e, nelle particolari materie indicate dalla legge, anche di diritto soggettivo.

Sotto il profilo testuale, va rimarcato che il comma 1 ha con lungimiranza affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa, attribuendo rilievo decisivo solo e soltanto alla natura autoritativa del potere, in qualsiasi forma esso si sia manifestato (provvedimento, atto, accordo, comportamento connesso all'esercizio del potere amministrativo; cfr. Corte Costituzionale n. 191 del 2006), e non alla satisfattività o meno dell'azione amministrativa rispetto alle aspettative del richiedente.

D'altra parte, l'art. 7, al comma 7, ha previsto che "Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi".

E' ragionevole affermare che tale 'concentrazione' riguardi tutte le azioni esperibili nel processo amministrativo (cognitoria, demolitoria, risarcitoria, esecutiva), dunque anche tutte le azioni risarcitorie, quando sia lamentato l'illegittimo esercizio del potere, per tutte le situazioni soggettive coinvolte nel corso del procedimento amministrativo e per quelle conseguenti all'emanazione del provvedimento autoritativo, anche quando gli effetti di questo siano venuti meno a seguito dell'annullamento disposto in sede amministrativa o giurisdizionale.

D'altra parte, qualora sia ravvisata la giurisdizione del giudice civile, risulterebbe sottratta al giudice amministrativo la cognizione di controversie di indubbia natura pubblicistica, anche con l'inconveniente per il quale un altro ordine giurisdizionale – in disarmonia con gli articoli 7 e 133 del c.p.c. - dovrebbe per di più esaminare la portata ed il significato anche conformativo delle pronunce del giudice amministrativo, se non altro allo scopo di qualificare i fatti e di ravvisare la

sussistenza o meno degli elementi costitutivi di un illecito, di cui un elemento decisivo da valutare è proprio il decisum della sentenza di annullamento emessa dal giudice amministrativo per verificare se in concreto vi sia una rimproverabilità eccedente la mera illegittimità dell'atto.

Un'altra disarmonia, già segnalata dalla Seconda Sezione con la citata ordinanza n. 2013 del 2021, sarebbe costituita dal fatto che – malgrado indubbiamente sussista la giurisdizione amministrativa per il caso in cui chi abbia impugnato un permesso proponga anche la domanda risarcitoria dopo il suo annullamento – proprio a seguito dell'annullamento del permesso il suo originario beneficiario potrebbe proporre (per la tesi qui avversata) una domanda risarcitoria innanzi al giudice civile, malgrado vi sia la sostanziale identità della vicenda, caratterizzata dalla emanazione del provvedimento autoritativo all'esito del relativo procedimento e dal suo annullamento da parte del giudice amministrativo.

Ciò peraltro osterebbe alla contestuale proposizione del ricorso incidentale condizionato da parte del beneficiario, consentendo di fatto la sola successiva proposizione del ricorso autonomo, malgrado il codice di rito non preveda tale forma di limitazione relativamente alle modalità di impugnazione.

Va infine segnalato che l'art. 30, comma 2, del c.p.a. completa il quadro delle condizioni e dei presupposti per l'esercizio dell'azione risarcitoria, contestualmente ad un'altra azione o anche in via autonoma, ancorandola in modo esplicito al pregiudizio derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella doverosa.

30.3. Si formula dunque alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il quesito 'se sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi siano risultati soccombenti in un giudizio amministrativo, proposto dal vicino, all'esito del quale sia stata annullata per vizi propri la medesima variante e siano stati annullati per illegittimità derivata i conseguenti permessi di costruire'.

31. Con riferimento alle altre censure formulate dal Comune di Numana, per l'ipotesi in cui vada respinto il primo motivo d'appello e vada ravvisata la giurisdizione amministrativa, la Sezione ritiene che vadano approfonditi il rilievo da attribuire nei singoli casi all'affidamento, nonché la determinazione dei presupposti in base ai quali si possa effettivamente ritenere che esso sia 'incolpevole'.

31.1. Ad avviso della Sezione, non qualsivoglia affidamento del privato può essere posto a base di una domanda risarcitoria, per il solo fatto dell'annullamento di un provvedimento amministrativo favorevole.

Infatti, occorrerebbe sempre tenere conto delle peculiarità della fattispecie concreta, da apprezzarsi caso per caso, alla luce degli accadimenti effettivamente svoltisi nel corso del procedimento amministrativo e tenendo conto delle modalità con cui è stata presentata l'istanza poi accolta dall'Amministrazione con l'atto poi annullato.

31.2. Nel caso di specie, ad avviso della Sezione, dovrebbe tenersi conto del fatto che:

a) la vicenda trae origine da una favorevole variante urbanistica e da permessi di costruire, e cioè da provvedimenti emessi dal Comune di Numana in accoglimento delle istanze del dante causa della appellata, e dai titoli edilizi che ella ha chiesto di volturare in proprio favore, ritenendoli conformi ai suoi interessi, negli stessi termini in cui lo erano per il suo dante causa;

b) l'interessata ha difeso in giudizio gli atti in questione, risultando soccombente, come l'Amministrazione, sia nel giudizio di annullamento sia in quello, successivo, di esecuzione per violazione del giudicato, laddove è stata definitivamente acclarata la non sanabilità delle opere nemmeno ai sensi dell'art. 38, del Testo unico sull'edilizia;

c) ad avviso dell'appellata, l'affidamento ingenerato dal Comune si sarebbe sostanziato nella propria convinzione di aver titolo a ottenere (e mantenere) i permessi di costruire.

32. A questo proposito, si richiamano per ragioni di brevità i passaggi logico-argomentativi contenuti nella menzionata ordinanza di rimessione alla Adunanza Plenaria n. 2013 del 2021, depositata dalla Sezione Seconda, la quale ha evidenziato anche su questo aspetto un contrasto di giurisprudenza tra le Sezioni semplici del Consiglio di Stato:

“Segnatamente, a fronte di un indirizzo per cui la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo «ha accertato l'assenza di un danno ingiusto, perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo. Tanto che l'amministrazione, qualora avesse posto in essere una condotta *jure* avrebbe dovuto respingere l'istanza di concessione edilizia» (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 183) e per cui «nel caso di annullamento in sede giurisdizionale di un titolo abilitativo (...) non può (...) dolersi del danno chi – per una qualsiasi evenienza e con un provvedimento espresso, ovvero a seguito di un silenzio assenso o una s.c.i.a. – abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile solo *contra legem*) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno» (Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 29 ottobre 2014, n. 5346), vi è un'altra corrente giurisprudenziale favorevole al riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'affidamento del privato verso un provvedimento illegittimo, annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale, seppur in presenza di stringenti limiti in tema di prova della colpa dell'amministrazione, del danno subito dall'istante e del nesso di causalità tra l'annullamento e il predetto danno (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 20 dicembre 2017, n. 5980; T.a.r. Campania, Napoli, sezione VIII, sentenza 3 ottobre 2012, n. 4017, dove si riconduce la tematica de qua alla responsabilità precontrattuale)”.

33. Tanto premesso, il Collegio reputa opportuno svolgere alcune ulteriori precisazioni circa il primo dei cennati orientamenti, il cui esito interpretativo sembra condivisibile.

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

Il Collegio ritiene che, per aversi un affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato, occorra che questi - in buona fede e senza sua colpa - ritenga di avere titolo al conseguimento o alla conservazione di un bene della vita.

In sostanza, ai fini della sussistenza di un affidamento meritevole di tutela, il privato che ha interloquuto con la pubblica amministrazione innanzitutto non deve averla indotta dolosamente o colposamente in errore e comunque deve risultare titolare di una aspettativa qualificata, basata su una pretesa risultante conforme al quadro ordinamentale applicabile al caso di specie.

33.2. In linea di principio, l'ipotesi dell'annullamento del provvedimento favorevole in sede giurisdizionale va tenuta distinta da quella dell'annullamento d'ufficio in sede autotutela: a fronte del medesimo petitum risarcitorio, le causae petendi sono differenti.

Nel caso di annullamento d'ufficio, l'eventuale affidamento del privato è stato ab antiquo considerato rilevante dalla giurisprudenza anche consultiva di questo Consiglio, sulla rilevanza del tempo decorso dall'emanazione dell'atto illegittimo e sull'onere dell'Amministrazione di basare l'atto d'annullamento su una adeguata motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico attuale (salve le precisazioni necessarie nei casi in cui siano stati commessi illeciti in materia edilizia: cfr. le sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 17 ottobre 2017).

Quando invece avverso l'atto abilitativo è proposto un ricorso al giudice amministrativo da parte di chi vi abbia interesse, la sentenza di annullamento non può tenere conto di un 'legittimo affidamento', rilevando il vizio dell'atto annullato.

33.3. Sotto tale profilo, può risultare condivisibile la deduzione difensiva del Comune appellante, secondo cui chi esegue un provvedimento – che sia stato tempestivamente impugnato – lo fa 'a suo rischio e pericolo'.

Non sembra infatti che possa sussistere un 'legittimo affidamento', da porre a base di una domanda risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione, quando il beneficiario dell'atto – avvertito della possibilità che questo sia annullato – ritenga di effettuare spese, che ragioni di prudenza potrebbero indurre ad evitare.

Si può ritenere, in tal caso, che vi sia una 'scelta consapevole' di dare esecuzione ad un atto, malgrado sia stata tempestivamente dedotta la sua illegittimità, poi rilevata dal giudice.

Una tale 'scelta consapevole' non può che risultare decisiva anche per escludere sotto il profilo causale la riferibilità del danno all'Amministrazione.

33.4. Tali considerazioni possono rilevare a maggior ragione quando l'interessato abbia cominciato una attività sulla base di una denuncia di inizio di una attività o dichiarazioni analoghe e poi il giudice amministrativo abbia ravvisato l'insussistenza dei relativi presupposti, censurando la mancanza di provvedimenti repressivi dell'Amministrazione.

Anche in questi casi – in capo a chi ha presentato una dichiarazione contrastante con la normativa di settore - non sembra che si possa ravvisare un affidamento meritevole di protezione, dovendo egli imputare solo a se stesso il pregiudizio conseguente all'accertamento della insussistenza dei relativi presupposti.

33.5. Allorquando si tratti dell'annullamento in sede di autotutela di un provvedimento risultato illegittimo, è dunque ben difficile innanzitutto ravvisare un affidamento 'incolpevole', quando l'illegittimità era riscontrabile dal suo stesso beneficiario.

Inoltre, per il caso di annullamento in sede di autotutela, la legge n. 241 del 1990 dispone dettagliate regole riguardanti l'esercizio del relativo potere: da nessuna disposizione e da nessun principio generale si può desumere una regola per la quale l'Amministrazione dovrebbe temere di esercitare il proprio potere di annullamento d'ufficio, perché il destinatario dell'atto di annullamento potrebbe agire per ottenere il risarcimento del danno conseguente al ripristino della legalità.

In sostanza, non può che affermarsi la sussistenza di un principio di non contraddizione, per il quale l'Amministrazione – qualora abbia riscontrato di avere emanato un provvedimento illegittimo – non può essere posta nella asistemica alternativa di annullare tale provvedimento e di dovere risarcire

il danno al beneficiario dell'atto illegittimo, oppure di non annullare affatto il provvedimento, per evitare la proposizione della domanda risarcitoria.

33.6. Anche per i casi di annullamento in sede giurisdizionale dell'atto illegittimo dovrebbe rilevare il principio di non contraddizione.

Nel caso di annullamento del permesso di costruire risultato illegittimo, si verifica la soccombenza del destinatario del titolo, che riveste la qualifica di controinteressato nel giudizio proposto avverso di esso.

Ammettere che il controinteressato soccombente possa chiedere il risarcimento del danno, nei confronti della autorità emanante, significa affermare che in ogni caso il beneficiario del provvedimento illegittimo non risponderebbe delle conseguenze di tali illegittimità e anzi di esse comunque si avvantaggerebbe, poiché la sua soccombenza rispetto alla domanda d'annullamento sarebbe 'compensata' dalla sua possibilità di ottenere il ristoro economico dall'Amministrazione, rendendo irrilevante se non altro il principio di autoresponsabilità.

33.7. Comunque, sempre con riferimento all'ipotesi del permesso di costruire illegittimamente rilasciato, si può affermare che il controinteressato soccombente - a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del titolo - vanta indubbiamente una pretesa risarcitoria nei confronti del progettista che ha elaborato la domanda, la quale è accolta (*de plano* o previ accertamenti) perché l'Amministrazione la ha considerata attendibile, 'fidandosi' del titolo professionale di chi la ha predisposta.

Sotto tale profilo, non sembra che possa parlarsi di un affidamento 'incolpevole', quando il richiedente - per il tramite del progettista - abbia presentato un progetto di per sé non assentibile.

Il committente non può che rispondere dell'errore commesso dal progettista e può agire nei suoi confronti con la relativa azione contrattuale.

In questo contesto, quando sia stato annullato un permesso illegittimo seguito dalla realizzazione delle opere, potrebbe riscontrarsi un *vulnus* alla integrità dell'ambiente e del territorio, configurandosi una fattispecie in cui chi ha ottenuto il permesso illegittimo - più che essere la 'vittima di un illecito' - ne risulta l'autore.

Tali considerazioni a maggior ragione possono rilevare, per i casi in cui l'attività edilizia consegua alla presentazione di una dichiarazione di parte, in assenza di un formale atto autoritativo abilitativo.

33.8. Sotto tale profilo, nei casi concreti - in presenza dei relativi presupposti di fatto - può rilevare anche il principio generale desumibile in materia di illeciti dall'art. 47 del codice penale (sull'"errore determinato dall'altrui inganno'), per il quale "del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo".

Pertanto, in linea di principio si potrebbe affermare - in linea col principio di autoresponsabilità - che non può fondatamente chiedere alcun risarcimento chi proponga una istanza di per sé non accoglibile, quando vi sia una asseverazione o una dichiarazione di parte, che in qualsiasi modo attesti la spettanza di un titolo abilitativo, in realtà non spettante,

33.9. Dovrebbero inoltre rilevare anche tutte quelle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988, circa le regole di diligenza - anche sulla conoscenza della normativa applicabile - cui si devono attenere coloro che svolgono attività in determinati settori della vita sociale.

Sembra inevitabile dunque distinguere i casi in cui l'illegittimità sia riconducibile esclusivamente ad un errore commesso dall'Amministrazione, dagli altri casi in cui l'illegittimità consegua alla presa d'atto di elementi poi risultati insussistenti: chi propone una domanda inaccoglibile non potrebbe dunque chiedere il risarcimento, nei casi in cui l'Amministrazione – dopo aver espressamente o tacitamente accolto l'istanza, assecondando l'iniziativa – ripristini la legalità con l'emanazione di un annullamento d'ufficio.

33.10. Dovrebbe inoltre rilevare una ulteriore regola, per la quale – nel caso di emanazione di un provvedimento *ictu oculi* illegittimo (come nel caso di emanazione di una autorizzazione paesaggistica immotivata) – la palese illegittimità dell'atto dovrebbe fare escludere la fondatezza della domanda risarcitoria di chi abbia ritenuto di porre in essere le attività costruttive, per di più prima che il provvedimento sia divenuto inoppugnabile o in pendenza del relativo giudizio di impugnazione.

Anche in tali casi, l'esecuzione di un provvedimento *sub iudice* potrebbe dare luogo ad un comportamento imprudente ed 'a proprio rischio e pericolo', rispetto al quale la successiva sentenza d'annullamento non costituisce un evento imprevedibile.

34. Con riferimento al caso di specie, inoltre, rilevano le circostanze specificamente dedotte con il secondo motivo d'appello, con cui si deduce che l'appellata avrebbe potuto evitare la verifica del danno per il quale ha chiesto il risarcimento, con la conseguente applicazione dell'art. 1227 del codice civile e dell'art. 30, comma 2, del c.p.a., per il quale il giudice 'esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza'.

34.1. Il Comune appellante ha evidenziato che:

- l'Amministrazione a suo tempo ha assecondato la pretesa del dante causa dell'appellata di rendere edificabile l'area, con gli atti impugnati innanzi al TAR per le Marche con il ricorso n. 800 del 2006, cui sono seguiti motivi aggiunti in data 24 aprile 2008 e del maggio 2010, proposti rispettivamente contro il permesso di costruire di data 11 marzo 2008 e quello in variante di data 18 marzo 2010

- l'appellata ha acquistato il terreno dal dante causa in data 28 marzo 2008, quando da circa due anni era pendente il giudizio proposto dal vicino avverso gli atti che avevano attribuito edificabilità al terreno in questione, e – a seguito della notifica nei suoi confronti dell'ordinanza del TAR n. 338 del 2010 – si è costituita nel giudizio in data 6 luglio 2010, formulando una serie di eccezioni e chiedendo il rigetto del ricorso principale e dei motivi aggiunti;

- non è imputabile al Comune l'eventuale mancata comunicazione, da parte del suo dante causa, della pendenza del giudizio amministrativo proposto avverso la variante urbanistica ed il primo permesso;

- rileva il fatto che il primo permesso di costruire fu impugnato in data 11 aprile 2008 e che, come la stessa appellata ha dichiarato (depositando peraltro un atto privo di data certa), il contratto d'appalto è stato stipulato il 14 aprile 2008, dunque dopo la notifica dell'impugnazione, cominciando evidentemente i lavori 'nella piena consapevolezza dell'alea derivante dalla già proposta impugnazione', senza fermare i lavori neppure dopo l'impugnazione del secondo permesso di costruire rilasciato in variante;

- il TAR, con l'ordinanza cautelare di data 6 maggio 2008, aveva sospeso gli effetti degli atti impugnati, sicché – anche in relazione all'esito del giudizio cautelare – la successiva attività costruttiva si può considerare effettuata a rischio e pericolo dell'appellata, che pure per tale ragione

non potrebbe dunque dolersi dei danni che asserisce di avere subito (rilevando anche l'ulteriore ordinanza n. 338 del 27 maggio 2010, che aveva sospeso gli effetti del permesso di costruire in variante).

34.2. La Sezione rileva, dunque, che effettivamente si potrebbe escludere nella specie un affidamento 'incolpevole': esso può essere ravvisato – in presenza di tutti gli altri presupposti sulla assenza del conseguimento di un vantaggio con comportamenti fraudolenti o inducenti in errore – quando si sia consolidato nel tempo, con la conservazione della utilità per un lasso di tempo tale da rendere ragionevole la sua stabilità, ciò che difficilmente si può ravvisare quando si ottenga un atto abilitativo di per sé impugnabile e in concreto già impugnato.

35. Rileva altresì quanto dedotto dal Comune col terzo motivo d'appello, secondo cui in concreto neppure sussisterebbe la colpa del Comune, rilevante anche ai sensi dell'art. 30 del codice del processo amministrativo.

35.1. L'Amministrazione ha richiamato le vicende che hanno condotto all'emanazione della sentenza del TAR per le Marche n. 630 del 2011, poi confermata in sede d'appello, per evidenziare che – al di là della questione riguardante la sussistenza di un affidamento 'incolpevole' – comunque si dovrebbe escludere ogni profilo di sua colpa, per la particolare complessità della vicenda e per l'impasse in cui essa si era trovata, nel deliberare in sede di variante urbanistica a favore del dante causa dell'appellata e nel cercare di porre rimedio all'errore, effettuato per assecondare le sue aspirazioni.

35.2. Osserva al riguardo la Sezione che, dalla lettura delle sopra richiamate sentenze del TAR e del Consiglio di Stato, si potrebbero desumere elementi univoci e chiari, tali da evidenziare come il Comune appellante abbia inteso assecondare le aspirazioni di carattere edificatorio del dante causa dell'appellata, incorrendo sì in quelle illegittimità segnalate dal vicino, ma nell'ambito di una situazione estremamente complessa.

Al riguardo, dalla lettura della sentenza del TAR n. 630 del 2011, si desume che:

- essa ha in sostanza riscontrato l'illegittimità della delibera del consiglio comunale n. 68 del 2006 (e l'illegittimità derivata degli atti successivi), per una contraddizione tra il contenuto delle osservazioni formulate dal dante causa dell'appellata e quelle formulate (in tempi diversi) dalla vicina che ha impugnato gli atti poi annullati con la medesima sentenza;
- tale contraddizione è originariamente dipesa da un mero errore materiale che aveva riguardato la numerazione delle medesime osservazioni e dal travisamento del contenuto delle osservazioni della vicina;
- la sentenza ha altresì ravvisato un difetto di motivazione della delibera consiliare, per il fatto che essa si è discostata dai precedenti pareri del progettista e dell'ufficio urbanistica, oltre che un profilo formale di mancata trasmissione dell'avviso dell'avvio del procedimento di riesame.

Stando così le cose, si potrebbe senz'altro ritenere che il procedimento amministrativo – volto a soddisfare anche interessi privati in conflitto, tra cui sia quelli del dante causa dell'appellata, sia quelli della vicina - si è caratterizzato per una particolare complessità: gli atti di pianificazione sono sì risultati viziati da profili di illegittimità, ma in un quadro complessivo nel quale non sembra che si possa formulare un giudizio di rimproverabilità nei confronti del Comune.

Sotto tale aspetto può risultare decisivo anche il constatare come la sentenza del TAR n. 630 del 2011, al § 11, abbia osservato che 'il permesso di costruire dell'11 marzo 2008 e quello in variante del 18

marzo 2010 (atti in sé legittimi, come legittimi sono i pareri formulati sugli stessi dall'Ente Parco del Conero, la cui invalidità viene affermata solo apoditticamente dalla ricorrente) sono affetti da illegittimità derivata'.

L'annullamento di tutti gli atti è stato disposto non per superficialità dell'azione amministrativa in sede di emanazione dei permessi (sicché nella specie nessun addebito può essere mosso al Comune per l'aver emanato i permessi di costruire), ma esclusivamente per le complesse vicende riguardanti la precedente variante urbanistica, che la stessa sentenza del TAR ha descritto nella loro peculiarità (e focalizzando l'avvenuto errore materiale, non tempestivamente segnalato), senza formulare alcun giudizio di disvalore.

Ciò si desume chiaramente dall'incipit del § 5 della sentenza n. 630 del 2011, la quale ha rilevato il 'contenuto singolare' della delibera consiliare n. 68 del 2006, aggiungendo come 'in questa sede l'aggettivo non esprime alcun giudizio di valore sulla legittimità dell'atto', anche in tal modo rimarcando quella complessità del caso, desumibile dall'intera motivazione della medesima sentenza.

Semmai, il TAR ha rilevato come il Comune – una volta emanati gli illegittimi atti in sede di pianificazione – abbia con 'pervicacia' (v. il § 9 della sentenza) 'cercato di sanare con provvedimenti ad hoc la situazione', cioè abbia tenuto talmente in conto la situazione in cui versava l'appellata – pur se ella da tempo avvertita della vicenda – al punto da emanare l'illegittimo atto di sanatoria in suo favore: di tale 'pervicacia' (lesiva in realtà della posizione della vicina) non si può certo dolere l'appellata, volendo il Comune invece salvaguardarla anche a costo di emanare un ulteriore atto illegittimo (quello di sanatoria, emesso però in violazione dell'art. 38 del testo unico sull'edilizia, come il TAR ha rilevato in accoglimento delle ulteriori doglianze della vicina).

Ad avviso della Sezione:

- deve sussistere la rimproverabilità dell'Amministrazione anche quando si intenda ottenere un risarcimento per il danno cagionato all'affidamento 'incolpevole' (così come avviene quando sia proposta una domanda risarcitoria per lesione di un interesse legittimo pretensivo a seguito dell'annullamento di un diniego);
- nella specie potrebbe risultare fondato il motivo d'appello sulla assenza della rimproverabilità del Comune, in considerazione di tutte le circostanze e della complessità della vicenda che ha dato luogo a suo tempo alla sentenza di annullamento.

36. Per le ragioni che precedono, la Sezione:

- respinge le eccezioni formulate dall'appellata, avverso l'ammissibilità del primo motivo d'appello;
- respinge il motivo d'appello sulla tardività del ricorso di primo grado;
- pronunciando sugli altri motivi d'appello, sarebbe dell'avviso che dovrebbe essere respinto il primo motivo (con la declaratoria della sussistenza della giurisdizione amministrativa) e che dovrebbero essere accolte tutte le censure sulla infondatezza del ricorso di primo grado, con riforma della sentenza impugnata.

Tuttavia, in considerazione della delicatezza della questione di giurisdizione formulata con il primo motivo d'appello, e per il suo evidente carattere di massima, la Sezione investe l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dei seguenti quesiti, decisivi per l'esame anche delle altre censure d'appello:

'a) se sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi

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

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

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

37. Valuterà l'Adunanza Plenaria se affermare i rilevanti principi di diritto o se definire il secondo grado del giudizio.

38. La statuizione delle spese di lite vi sarà con la sentenza definitiva.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, non definitivamente pronunciando sull'appello n. 4605 del 2020:

- respinge le eccezioni formulate dall'appellata, sulla ammissibilità del primo motivo d'appello;
- respinge il motivo d'appello del Comune di Numana, sulla tardività del ricorso di primo grado;
- deferisce all'esame dell'Adunanza Plenaria la definizione delle altre censure contenute nell'atto d'appello e delle questioni connesse.

Manda alla Segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al Segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, svoltasi mediante collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere