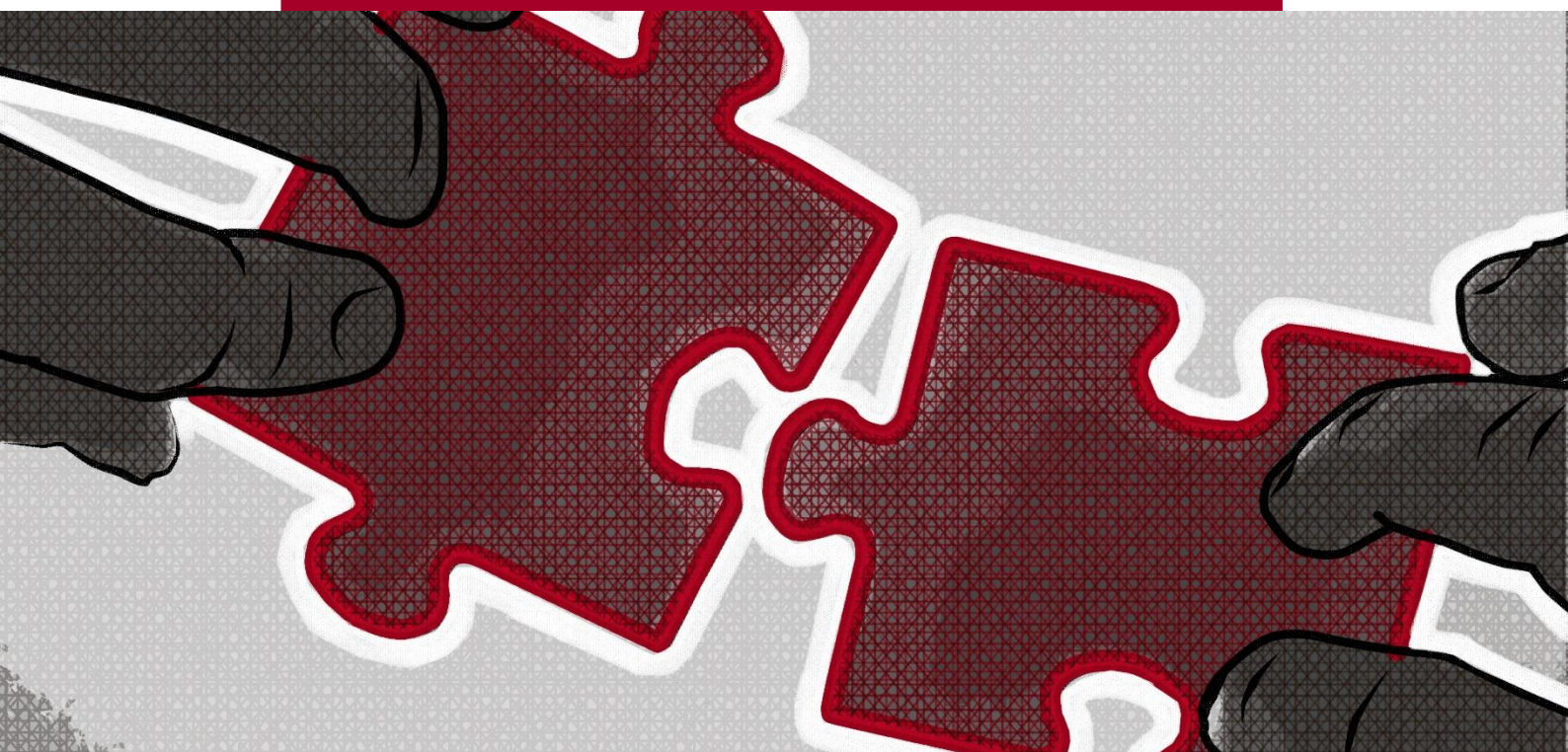




IusTrend
il verso del diritto

**Danno da ritardo e responsabilità
della Pubblica Amministrazione**

GIUGNO 2021



LaScala

SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Padova | Ancona

Danno da ritardo e responsabilità della Pubblica Amministrazione secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato

La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. –da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento- i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ.;

con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza le disposizioni sui relativi benefici, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati;

con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi;

in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione'.

Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 23.4.2021 n. 7

Premessa

L'Adunanza Plenaria (AP) del Consiglio di Stato, a seguito di ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS) n. 1136 del 2020, con sentenza n. 7 del 23 aprile 2021 ha stabilito diversi rilevanti principi in materia di responsabilità della Pubblica Amministrazione (PA), prendendo le mosse da una ben definita fattispecie di danno che è quello da ritardo nell'emissione di un provvedimento.

La fattispecie

L'ordinanza di remissione della CGARS procedeva da un giudizio nel quale il ricorrente si doleva dei danni subiti a causa del ritardo con cui erano state rilasciate le autorizzazioni per la realizzazione e gestione di tre impianti fotovoltaici ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 387/2003, n. 387. Il ritardo, stante il sopravvenuto divieto introdotto dall'art. 65 d.l. 1/2012 (che ha escluso dal

regime tariffario incentivante gli impianti fotovoltaici realizzati con moduli collocati a terra su fondi agricoli), avrebbe reso di fatto antieconomico e non conveniente l'investimento nell'impianto e di tale ritardo, ovvero dei danni da esso provocati, il privato si doleva.

L'accertamento con efficacia di giudicato interno e le questioni rimesse all'AP

La CGARS dichiara come accertate (con effetto di giudicato interno, dunque non scrutinabili ulteriormente) le seguenti questioni:

- l'aver la PA posto in essere una condotta in violazione dell'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo nella tempistica prescritta;
- la fondatezza della pretesa del ricorrente avente ad oggetto il bene della vita (ovvero il provvedimento autorizzatorio, poi rilasciato);
- la sopravvenienza normativa ostativa all'ottenimento degli incentivi, che invece il ricorrente avrebbe ottenuto se l'Amministrazione avesse provveduto per tempo;
- la colpa della PA, che nulla ha contestato sul proprio ritardo.

Su tale quadro fattuale e giuridico, il CGARS, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., ha dunque rimesso all'AP le seguenti questioni, indicate nell'ordine nel quale verranno esaminate più avanti e omettendo quelle assorbite dalla pronuncia dell'AP:

- *“se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana”;*
- *“se si configuri o meno una interruzione del nesso di causalità della fattispecie risarcitoria ex art. 2043 cc di tipo omissivo se, successivamente all'inerzia dell'Amministrazione....si verifichi una sopravvenienza normativa che, impedendo al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata, determini la lesione dell'aspettativa sostanziale sottesa alla domanda presentata all'Amministrazione, che sarebbe stata comunque soddisfatta, nonostante l'intervenuta nuova disciplina, se l'Amministrazione avesse ottemperato per tempo”;*
- *“se in ipotesi di responsabilità colposa da lesione dell'interesse legittimo pretensivo integrata nel paradigma normativo di cui all'art. 2043 c.c. la pubblica amministrazione sia tenuta o meno a rispondere anche dei danni derivanti dalla preclusione al soddisfacimento del detto interesse a cagione dell'evento - per essa imprevedibile - rappresentato dalla sopravvenienza normativa primaria preclusiva e, in ipotesi di positiva risposta al detto quesito, se tale risposta non renda non manifestamente infondato un dubbio di compatibilità di tale ricostruzione con il precetto di cui all'art. 81 terzo comma Cost.”;*
- *“se debba o meno essere riconosciuta la responsabilità della Regione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati”.*

Breve inquadramento della questione

Per inquadrare correttamente, pur in sintesi, la questione, è necessario tener presenti due dati, uno normativo e l'altro giurisprudenziale.

Sotto il primo profilo, il danno da ritardo, che costituisce una delle fattispecie di danno risarcibile per violazione dell'interesse legittimo, può considerarsi ormai codificato (o almeno legificato) giacché è quello arrecato al privato qualora la PA non adotti il provvedimento nei termini fissati dalla legge. Ai sensi dell'art. 2 bis l. 241/90 (introdotto nel 2009), le PPAA e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. L'art. 30 c.p.a., poi, stabilisce modi e termini per l'azione risarcitoria da lesione dell'interesse legittimo nel processo amministrativo.

Il presupposto economico della sistemazione normativa così delineata, ovvero la valutazione e conseguente scelta politica a monte da parte del legislatore, è che il fattore tempo incide in maniera rilevante nelle scelte economiche e che quindi è necessario definire l'ambito operativo della PA. È per tale motivo che la norma stessa, ricalcando in maniera opportuna la clausola generale del *neminem laedere* dell'art. 2043 c.c., ai fini del risarcimento ritiene non sufficiente il ritardo in sé, ma richiede la prova che esso ha causato un danno. Deve quindi ricorrere il requisito soggettivo della colpa della PA nella causazione del ritardo e quello dell'ingiustizia del medesimo. Dal punto di vista delle categorie canoniche del diritto amministrativo, ci troviamo dinanzi ad un tipico interesse pretensivo, ovvero teso a conseguire un bene della vita (un permesso in questo caso) e non oppositivo, teso a conservare un'utilità già acquisita.

Per poco che si approfondisca, poi, risulterà evidente che l'evoluzione (ormai anche) normativa è erede diretta della sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Cassazione.

Com'è noto, con tale sentenza è stato definitivamente superato il dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo ma al tempo stesso se ne sono stabiliti i presupposti e le condizioni. In altri termini si è affermato che la lesione dell'interesse legittimo rientra nella fattispecie della responsabilità extracontrattuale ai soli fini della qualificazione del danno come ingiusto, ma non per questo va affermata la generale risarcibilità di tale tipo di lesione. Al contrario, essa è predicabile solo se l'attività illegittima della P.A. abbia concretamente leso o pregiudicato il concreto interesse al bene della vita al cui soddisfacimento l'interesse legittimo, nei termini definiti dal suo contenuto, effettivamente è preordinato e che l'ordinamento considera (deve considerare) meritevole di protezione.

La sentenza dell'AP

La prima questione risolta dall'AP, sotto il profilo logico, riguarda l'inquadramento della responsabilità della PA in ambito contrattuale, e dunque come inadempimento ex art. 1218 c.c. considerando quello tra cittadino e PA un "contatto sociale" tale da traslare in quell'ambito la responsabilità dell'amministrazione, ovvero in ambito extracontrattuale, come applicazione particolare del principio del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c..

L'AP precisa che la PA agisce nell'esercizio di funzioni amministrative tese al perseguimento dell'interesse pubblico definito dalla norma attributiva del potere e che la relazione giuridica tra essa e il privato, caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, non può mai portare a configurare un vincolo obbligatorio ex art. 1218 c.c., bensì un potere attribuito dalla legge, da esercitare in conformità ad essa. Ed un rapporto giuridico di tale tipo non può essere ricondotto nell'ambito del 'contatto sociale', poiché quello tra PA e privato non è, per definizione, un rapporto paritetico tra soggetti in pari situazione di partenza, ovvero di tipo privatistico, ma è caratterizzato da una 'supremazia' stabilita dalla legge, cioè da un'asimmetria tra le parti che non regge alla prova delle teorie sul 'contatto sociale' che si fondano sulla relazione paritaria.

Dunque, conclude l'AP, la responsabilità della PA per violazione di interessi legittimi è extracontrattuale, basata sul principio generale del *neminem ledere*.

Il privato, pertanto, dovrà dare la prova sia dell'an che del quantum del danno, dell'ingiustizia di esso e del nesso di causalità con la condotta inerte ovvero tardiva (nel nostro caso) del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte della PA.

L'AP ha cura di precisare, poi, che il privato, a termini della l. 241/1990 e soprattutto dell'art. 30.3 c.p.c., è tenuto comunque ad una condotta proattiva affinché la PA prenda le proprie determinazioni, precisando che tale condotta, ovvero la mancanza di essa, è valutabile ai fini del *quantum* del risarcimento. Correttamente l'AP richiama la norma parallela del codice civile,

quella dell'art. 1227, che stabilisce la rilevanza sul piano risarcitorio del concorso colposo del creditore.

Rapportando tali conclusioni al caso concreto del danno da ritardo, esso può verificarsi in diverse ipotesi, a seconda che il pregiudizio derivi dal ritardo nell'emanazione del provvedimento favorevole ovvero dall'omissione nell'emanazione ovvero, ancora, dal ritardo nell'emanazione di provvedimento negativo, pur legittimo.

Alla luce delle considerazioni svolte sopra, è così dirimente il criterio della consequenzialità immediata e diretta dei danni ex art. 1223 c.c., a termini del quale l'ingiustificato ritardo nell'emanazione del provvedimento è fonte di responsabilità in capo all'amministrazione.

Tale ritardo, nella fattispecie, ha reso antieconomico l'investimento per effetto della sopravvenienza normativa che impedisce l'accesso al regime tariffario incentivante connesso alla produzione di energia da fonti rinnovabili per gli impianti fotovoltaici realizzati con moduli collocati a terra su fondi agricoli.

E qui, evidentemente, ci troviamo ad affrontare il secondo dei quesiti sopra richiamati: la sopravvenienza normativa più volte richiamata costituisce un mero accidente o un mero fatto occasionale nel determinare una mera perdita economica per il privato, in quanto idoneo a interrompere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 c.c. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi e il mancato accesso al regime incentivante? Oppure qualifica nel senso del ritardo colpevole la condotta di quest'ultima e quindi ne definisce la responsabilità secondo la clausola generale del *neminem laedere*?

L'AP sul punto è *tranchant*: la regolarità causale che lega i due eventi – ritardo dell'amministrazione nel provvedere e perdita degli incentivi - non è in alcun modo interrotta dalla sopravvenienza normativa, anzi, è proprio il ritardo nel provvedere la *causa efficiens* della perdita, a meno che, ma è indagine che non spetta all'AP, non risulti che le erogazioni sarebbero comunque cessate per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio sarebbe riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione.

In sostanza, per il periodo antecedente la sopravvenienza normativa, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo ex art. 12 d.lgs. n. 387/2003 e il mancato accesso agli incentivi quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stata determinata da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati. Per il periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio (e in applicazione del principio generale dell'intangibilità dei diritti quesiti), faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi.

Da ultimo, per quanto qui interessa, l'AP si sofferma sui criteri di determinazione del danno da perdita di chance, compresa la liquidazione equitativa, concludendo che la somma da liquidarsi non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione. Il criterio equitativo nella liquidazione del danno, nell'ambito della quantificazione del c.d. lucro cessante, porta a concludere che esso non può corrispondere a quanto il ricorrente avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo della PA, e ciò perché una tale conclusione fonda su una *factio* inammissibile, che darebbe per verificato un evento -l'avvio e lo svolgimento per tutta la durata prevista dell'attività di impresa in regime di incentivo - che invece non si è verificato e che

potrebbe essere stato soggetto a qualsiasi sopravvenienza anche di fatto nel corso dell'attività di impresa.

Muovendo dal richiamo della clausola generale dell'art. 2056 c.c. – che a sua volta richiama gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. per la liquidazione del danno - l'AP conclude per il risarcimento del danno da ritardo in termini di perdita di chance, anche facendo ricorso alla liquidazione equitativa.

Osservazioni conclusive

Una sentenza senz'altro approfondita ed argomentata, che ha l'innegabile pregio, oltre che di perimetrare l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in materia di danno da ritardo o mancata emissione del provvedimento, anche di precisare definitivamente la natura aquiliana di tale responsabilità e di sistemare in maniera organica la relativa fattispecie di danno nel più ampio capitolo della responsabilità per fatto illecito secondo i principi generali del diritto civile, in quanto applicabili al diritto amministrativo.

Non deve però sottacersi che il sistema così delineato è incompleto, ovvero è meritevole di altrettanto chiare precisazioni sulla responsabilità anche non risarcitoria della PA.

È noto, infatti, che la differenza fondamentale tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale consiste nella c.d. inversione dell'onere della prova. Com'è noto nel diritto civile, in realtà, tale distinzione è fittizia poiché non esiste alcuna inversione, trattandosi, nell'uno come nell'altro caso, dell'applicazione lineare dell'art. 2697 c.c..

Nel caso del diritto amministrativo, invece, l'AP con la sentenza in commento prende le mosse dalla non pariteticità del rapporto privato/PA per concludere che non è corretto ricondurre il danno da ritardo nell'emanazione del provvedimento alla responsabilità contrattuale, non essendo ipotizzabile il c.d. contatto sociale. La conclusione è condivisibile ma essa, come è evidente a questo punto, effettivamente inverte l'onere probatorio spostandolo in capo al privato. Nell'ambito di una fattispecie nella quale, comunque, il cardine è un rapporto (pur se autoritativo), l'AP stabilisce che l'onere è tutto del privato, il quale dovrà non solo dimostrare di aver chiesto un provvedimento e di non averlo ottenuto (o ottenuto in ritardo), quindi limitarsi al danno-evento o alla denuncia del mero inadempimento, ma dovrà anche dimostrare l'effettivo pregiudizio subito ovvero la perdita del bene della vita connesso al provvedimento che aveva richiesto e i danni connessi.

La conclusione, come detto, è sostanzialmente corretta e condivisibile: se la condotta lesiva non crea effettivamente danni, non può portare al risarcimento, e considerarla contrattuale costituisce probabilmente una forzatura. Il che, se da un lato vale (o varrebbe, salva la *judicial lottery* alla quale il privato potrebbe sempre decidere di partecipare) a ridurre il contenzioso in materia, dall'altro non può tuttavia mai costituire una copertura per pratiche comunque lassiste della PA; in altri termini, che il ritardo nell'emanazione del provvedimento configuri, nei termini sopra indicati, o meno, per carenza di presupposti, una fattispecie risarcitoria, esso non può costituire una indebita copertura e men che meno giustificazione per la PA per i propri ritardi, a pena di ledere un principio costituzionalmente rilevante che è quello del buon andamento (e anche dell'imparzialità, a ben vedere) ex art. 97.2 Cost.. Sarà dunque necessario che, quantomeno in termini di verifica dell'efficienza e del corretto adempimento delle proprie funzioni, chi si rende responsabile di ritardi ne risponda per lo meno in sede disciplinare o curriculare: la questione diventa quindi di misurazione dell'efficienza della PA.

In conclusione, come spesso accade in Italia, il problema vero è quello dei controlli.

