

Spunti per un dibattito in tema di risarcimento del danno e interessi legittimi

Sommario: 1. Premessa e le coordinate di massima per l'inquadramento della problematica. - 2. Profili problematici d'ordine sostanziale. - 3. Profili problematici d'ordine processuale.

1. Il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi lesi da un provvedimento amministrativo illegittimo è una sfida e, al tempo stesso, un problema. E' una sfida, perchè è un nuovo capitolo delle relazioni tra pubblica amministrazione e cittadini, facendo emergere con nettezza il sostrato materiale dell'interesse legittimo. E' un problema, perchè la responsabilità per lesione d'interessi legittimi è un istituto nuovo costruito su una preesistente matrice civilistica, per sua natura concepita con riferimento ai rapporti di carattere paritario.

Inevitabile quindi che la responsabilità per lesione di interessi legittimi presenti caratteri specifici. Vi è un norma generale di diritto comune (art. 2043 c.c.) che si applica direttamente alla svolgimento della funzione amministrativa, ma sulla base di criteri e modalità destinati ad essere chiariti in via interpretativa dalla giurisprudenza, con l'ovvia flessibilità imposta dai casi di specie. Del resto, uno sguardo di diritto comparato mostra come la specialità del regime della responsabilità della PA si fondi non su norme scritte di diritto speciale, ma sull'opera di adattamento della giurisprudenza. Infatti in Francia, in Gran Bretagna, ma anche nell'Unione europea sono state le Corti ad adattare la disciplina civilistica alle ipotesi di responsabilità della Pubblica Amministrazione.

La responsabilità della PA per lesione di interessi legittimi sta ancora cercando una sua disciplina tipica giurisprudenziale. Attualmente, anche se si continua a invocare l'art. 2043 c.c., in realtà si adotta un modello diverso, specie per quanto riguarda l'elemento soggettivo (ma si pensi anche al contenuto dell'onere della prova o al termine di prescrizione).

Alcuni hanno parlato di modello di responsabilità da contatto sociale o da contatto amministrativo qualificato, collegato alla violazione di obblighi di protezione esistenti in capo all'amministrazione, come contrapposto al modello di responsabilità extracontrattuale. Alla base di questo inquadramento vi è l'idea che nella vicenda procedimentale che si conclude con l'emanazione del provvedimento illegittimo il privato danneggiato non è equiparabile al chiunque con cui il danneggiante non ha alcuna relazione preesistente. Il contatto procedimentale viene inquadrato nello schema del rapporto obbligatorio e ne discende un modello di responsabilità assoggettata al regime di cui all'art. 1218 del codice civile.

Ma anche la giurisprudenza che si mostra fedele al modello di cui all'art. 2043 c.c. ammette deroghe a tale modello, con conseguenti profili problematici, sia di diritto sostanziale, sia di diritto processuale.

Nel costruire la fattispecie occorre avere riguardo agli interessi in gioco, che sono tanti, confliggenti e non sempre collimano con le valutazioni che governano la responsabilità civile in generale. Da un lato, occorre rifondere pienamente i privati dei danni subiti e, al tempo stesso, disincentivare condotte illecite della PA. In questa logica la responsabilità civile della PA assolve la sua tradizione funzione correttiva e riparatoria, reintegrando per equivalente, e una funzione preventiva e deterrente, che può contribuire ad innalzare il grado di diligenza della condotta amministrativa e l'osservanza agli standards normativi, stante il timore della sanzione. Dall'altro lato, è necessario conciliare l'interesse del privato alla riparazione del danno subito con l'interesse -finanziario- della

collettività che subisce le conseguenze dell'accoglimento di una domanda risarcitoria. In secondo luogo, la discrezionalità amministrativa che viene esercitata nel caso di lesioni agli interessi legittimi presenta caratteristiche sue proprie che mal si adattano al regime civilistico, operando un bilanciamento di interessi complesso e dagli esiti non facilmente prevedibili.

2. Gli aspetti su cui regna incertezza hanno ricevuto nel corso del tempo risposte diverse e ancor oggi non vi sono orientamenti univoci in merito. Del resto non è stato facile passare da una totale immunità della PA al riconoscimento della responsabilità anche per lesione di interessi legittimi.

Invero una distinzione tra profili problematici d'ordine sostanziale e profili problematici d'ordine processuale è artificiosa (basti pensare al fatto che la cd. pregiudizialità mascherata, ossia il condizionamento dell'azione di annullamento rispetto all'azione risarcitoria, rileva anche sotto il profilo del nesso di causalità), ma tuttavia è di comodo e come tale va utilizzata.

A) Come è noto, la Cassazione (SU n. 500/99) ha operato una nuova interpretazione della nozione di danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., per cui è ingiusto il danno che lede un interesse giuridicamente rilevante e ciò a prescindere dalla qualificazione di quest'ultimo come diritto soggettivo o interesse legittimo. Ciò che conta è la lesione da parte di un provvedimento illegittimo del "bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla".

La prima questione problematica riguarda dunque la situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo: quale è il bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla? O, in altri termini, quando si è di fronte a un interesse legittimo risarcibile?

Se alcune ipotesi non destano particolari problemi, sono le "zone grigie" a meritare attenzione. Nell'ipotesi in cui il privato lamenti l'illegittimità del provvedimento che lo abbia privato di una situazione di vantaggio, la lesione è, almeno in via di principio, agevolmente riscontrabile: per gli interessi legittimi oppositivi il danno risarcibile s'identifica con il sacrificio della posizione di vantaggio ad opera del provvedimento illegittimo e l'unico caso in cui la meritevolezza dell'interesse legittimo oppositivo non sia *in re ipsa* è quando il bene sia stato conseguito *contra ius*.

Diverso è il discorso per quanto riguarda gli interessi legittimi pretensivi. A far data dalla sentenza n. 500/99, nel caso in cui ci si lamenti dalla mancata adozione di un provvedimento favorevole, l'interesse legittimo è protetto e quindi risarcibile solo se, sulla base di un giudizio prognostico, esista un ragionevole affidamento, alla luce della disciplina sostanziale, relativamente a un esito favorevole del procedimento. Il danno risarcibile si configura concretamente solo se la pretesa del cittadino, sulla base di un giudizio prognostico, sarebbe stata destinata ad essere soddisfatta. Per fuoriuscire dall'angustia della posizione che subordina il risarcimento per gli interessi legittimi pretensivi alla dimostrazione della spettanza del bene si è giunti a configurare anche un danno da perdita di chance e un danno da ritardo.

In questo contesto tante sono le questioni problematiche: E' risarcibile il danno derivante da un illegittimo annullamento d'ufficio d'un provvedimento favorevole? In tal caso la situazione giuridica soggettiva coinvolta è un diritto soggettivo oppure un interesse legittimo? Conseguentemente, quale è il giudice avente giurisdizione in materia? Il danno derivante da un illegittimo diniego di rinnovo di un provvedimento favorevole colpisce un interesse legittimo o un diritto soggettivo? E, ancora più a monte, quando si ha esercizio del potere che fronteggia un interesse legittimo e, conseguentemente, quando il danno è cagionato da un atto espressione di quel potere e quando invece da una condotta? Quali criteri presidono l'individuazione del danno da perdita di chance? Il danno da ritardo è una fattispecie autonoma? Oppure condivide gli elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c.? Prescinde dalla spettanza del bene?

B) La seconda questione attiene all'elemento soggettivo e colora ulteriormente di specialità la responsabilità della PA. Essa è così sintetizzabile: è sufficiente l'illegittimità del provvedimento amministrativo per generare responsabilità in capo all'amministrazione e quindi l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento integra in modo automatico il requisito della colpa della amministrazione danneggiante?

Negli altri ordinamenti giuridici illegittimità e illiceità non coincidono, in quanto l'illegittimità di un provvedimento amministrativo non è mai sufficiente per il sorgere della responsabilità della PA; basti pensare a quanto accade in Francia dove, anche se il giudice amministrativo riconosce tendenzialmente un'equazione tra illegittimità provvedimento e colpa, tuttavia non sussiste responsabilità ogni qual volta la pubblica amministrazione abbia agito illegittimamente, perchè occorre anche che il danno di cui si chiede la riparazione abbia la sua causa diretta nell'illegittimità dell'atto.

In Italia già secondo la sentenza n. 500/99 per il risarcimento degli interessi legittimi era indispensabile la dimostrazione dell'imputabilità dell'illecito alla PA a titolo di dolo o colpa, ossia era necessaria la verifica puntuale dell'elemento soggettivo. Per la Cassazione la colpa doveva identificarsi nel fatto che l'amministrazione avesse agito violando le regole d'imparzialità, correttezza e buona amministrazione cui deve ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa. La giurisprudenza successiva ha recepito questa regola speciale e così il giudice è chiamato a valutare le ragioni che hanno determinato l'illegittimità.

Tralasciando l'ipotesi estrema del dolo, viene in rilievo la cd. colpa d'apparato. La colpa andrebbe imputata, più che al funzionario, alla complessiva disfunzione della PA, che ha determinato l'illegittimità, a causa, ad esempio, di una cattiva organizzazione del personale e delle risorse. Ma non è facile per il privato provare la colpa d'apparato e di conseguenza la giurisprudenza ha semplificato l'onere probatorio in capo al danneggiato.

Di qui un'ulteriore serie di questioni, che traghettano dal diritto sostanziale al diritto processuale: Come si ripartisce in concreto l'onere probatorio? Che cosa è tenuto a provare il privato danneggiato? Si applica l'art. 2727 c.c. in tema di presunzione semplice? Che cosa è tenuta a provare la PA danneggiante? Perchè in materia di appalti pubblici vige una regola specifica con riferimento all'elemento soggettivo Le conclusioni raggiunte in materia d'appalti pubblici sono estensibili anche in altri settori?

3. La giurisprudenza civile riconosce una doppia declinazione del nesso causale, ossia la causalità materiale, che intercorre tra condotta ed evento dannoso, e la causalità giuridica, che intercorre tra evento danno e conseguenze pregiudizievoli. Per quanto riguarda la causalità giuridica nel campo del diritto processuale amministrativo, viene in rilievo la problematica del (presunto) onere in capo alla vittima d'impugnare tempestivamente l'atto prima di attivare la pretesa risarcitoria.

Con riferimento a questa tematica si è assistito a un profondo mutamento di posizioni. Originariamente, una volta attribuite alla giurisdizione amministrativa le vertenze risarcitorie per lesione di interesse legittimo, la giurisprudenza amministrativa aveva abbracciato la tesi della pregiudizialità amministrativa, ossia della necessità che il risarcimento richiedesse il previo annullamento dell'atto lesivo. Questa soluzione venne criticata dalla Cassazione, che già in precedenza aveva sostenuto la tesi dell'autonomia fra le due azioni. Ora l'art. 30 c.p.a ha adottato una soluzione che unanimemente è intesa come di compromesso: da un lato, riconosce l'autonomia fra le due azioni (al giudice amministrativo può essere chiesto il risarcimento anche se l'atto amministrativo lesivo non sia stato impugnato), dall'altro, ha introdotto un termine breve di decadenza per l'azione risarcitoria (120 giorni).

A) Il primo problema concerne i dubbi di costituzionalità sulla natura e sull'estensione del termine di decadenza cui è sottoposta la tutela risarcitoria autonoma degli interessi legittimi. Finora la Corte costituzionale non ha affrontato nel merito la questione di legittimità del termine breve di decadenza per l'azione risarcitoria. Infatti la Corte costituzionale, con la sentenza del 12 dicembre 2012, n. 280, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione dal TAR Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 7 settembre 2011, n. 1628, nella parte in cui sottopone al "termine di decadenza di centoventi giorni" la "domanda di risarcimento" del danno, introdotta in via autonoma, "per lesione di interessi legittimi". Nel caso di specie la Corte, "premesso che il giudizio sulla rilevanza di una q.l.c. spetta al giudice *a quo* e che la Corte costituzionale deve soltanto svolgere un controllo di plausibilità in ordine al percorso argomentativo e alla valutazione già compiuti dal detto giudice", ha ritenuto, appunto, non plausibile la conclusione cui il rimettente è pervenuto sul punto, avendo sottoposto a scrutinio una disposizione della quale non doveva farsi applicazione. La stessa Corte, con successiva ordinanza del 31 marzo 2015, n. 57, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione, nonché all'art. 117, comma primo, Cost., in relazione all'art. 6 della CEDU. Più di recente il Tar Piemonte, Torino, sez. II, con l'ord. 17 dicembre 2015, n. 1747, ha nuovamente sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 c.p.a., sospettando la violazione dell'art. 111, comma 1, Cost., degli artt. 6 e 13 CEDU, dell'art. 3 Cost., degli artt. 24, comma 1, e 113, commi 1 e 2, Cost.

A prescindere dalla sorte di quest'ultima ordinanza, la questione di legittimità costituzionale resta del tutto aperta: *E' illegittimo costituzionalmente un termine di decadenza breve per la proposizione dell'azione risarcitoria? Tale termine discrimina tra diritti soggettivi e interessi legittimi, con trattamento deteriore di questi ultimi, correlato ad un privilegio per la PA, tanto più ingiustificato in quanto non sono apprezzabili le ragioni di stabilità di assetti di interessi definiti da provvedimenti inoppugnati?*

B) La seconda questione riguarda il fatto se l'azione risarcitoria sia realmente autonoma rispetto a quella di annullamento. L'omessa proposizione dell'azione annullamento non è più preclusione di rito, come avveniva all'epoca della vera e propria pregiudiziale amministrativa, ma diviene fatto da valutare in sede di merito. Il comma 3 dell'art. 30 c.p.a. prevede che "nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti". Questa regola è la codificazione di un previo orientamento giurisprudenziale, secondo cui chi non si è avvalso degli specifici strumenti di tutela che l'ordinamento appresta, anche al fine di evitare danni, non può poi dolersi del mancato o del tardivo ottenimento del provvedimento favorevole sotto il profilo di una pretesa di ristoro per eventuali pregiudizi subiti.

Di qui la necessità di chiarire alcune questioni: Quali sono gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento giuridico in capo al privato danneggiato al fine di evitare o circoscrivere i danni? Quale è il rapporto sussistente tra l'art. 30, co. 3, cpa, e l'art. 1227 c.c.? Occorre sempre e solo l'impugnazione del provvedimento lesivo al fine di evitare il rigetto della domanda risarcitoria o per scongiurare una riduzione della somma liquidata?E' sufficiente un semplice invito all'autotutela o l'attivazione di un ricorso amministrativo?