

Consiglio di Stato, sezione IV , sentenza 2 marzo 2011, n. 1335

Sulla esatta ricostruzione del nesso di causalità e sulla c.d. colpa d'apparato nella responsabilità della P.A. da ritardo nel rilascio di un provvedimento amministrativo ampliativo.

Come noto, la sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999 ha segnato il passaggio dalla vecchia tesi restia a riconoscere rilevanza e tutela a posizioni giuridiche soggettive diverse dal diritto soggettivo, ad una impostazione tendente ad estendere l'ambito applicativo e di tutela dell'articolo 2043 c.c..

Prima di detto intervento giurisprudenziale, infatti, si negava la risarcibilità degli interessi legittimi sulla base di un'interpretazione letterale dell'articolo 2043 c.c. secondo cui soltanto la lesione di diritti soggettivi configurava danno ingiusto. Il danno ingiusto, in altri termini, si configurava soltanto in caso di danno *contra ius* (violazione di un diritto soggettivo perfetto) e *non iure* (in assenza di una causa di giustificazione). L'unica ipotesi in cui la giurisprudenza ammetteva la risarcibilità del danno cagionato a situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto soggettivo, era quella in cui un'originaria situazione di diritto soggettivo degradata a situazione di interesse legittimo per effetto di un provvedimento amministrativo poi annullato dal giudice amministrativo, in quanto illegittimo, si fosse ripristinata con effetto retroattivo proprio in virtù di detto annullamento (in tal caso, ci si poteva rivolgere al giudice ordinario per il risarcimento del danno ingiustamente sofferto). Analogamente, si ammetteva il risarcimento nell'ipotesi in cui entrava in gioco un diritto soggettivo non originario ma sorto per effetto di un iter procedimentale complesso in cui un originario provvedimento amministrativo ampliativo (concessione, autorizzazione, ecc...) fosse poi stato annullato o revocato e tale secondo provvedimento caducatorio fosse stato impugnato e annullato dal giudice amministrativo poiché illegittimo: anche in tal caso si sarebbe ripristinata con effetto retroattivo la posizione di vantaggio e il privato avrebbe potuto rivolgersi al giudice ordinario per chiedere riparazione dei pregiudizi sofferti.

Con la sentenza n. 500/1999, si afferma un principio radicalmente differente, anche sotto la spinta della riforma introdotta dal d.lgs. n. 80 del 1998 la quale, ampliando il novero delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha esteso nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 (servizi pubblici, urbanistica ed edilizia), il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto (art. 35). Secondo quanto statuito da detta sentenza: *“l'articolo 2043 c.c. non costituisce norma secondaria rispetto a norme primarie, ma racchiude in sé una clausola generale primaria,*

espressa dalla formula “danno ingiusto”, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell’ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l’ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili, attribuisce rilevanza”. Il danno ingiusto, dunque, si profila allorché venga violato un interesse ritenuto meritevole di tutela, anche se questo non consiste in un diritto soggettivo.

In secondo luogo, continua la Corte, conformemente alle indicazioni contenute nell’articolo 2043 c.c., per comprendere se sia configurabile una responsabilità extracontrattuale della P.A., se si è prodotto un danno ex art. 2043 c.c. “...*il giudice...dovrà procedere in ordine successivo a svolgere le seguenti indagini: a) in primo luogo dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) procederà, quindi, a stabilire se l’accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto in relazione alla sua dipendenza su un interesse rilevante per l’ordinamento che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo, ovvero nelle forme dell’interesse legittimo, o altro interesse giuridicamente rilevante...c)dovrà, inoltre, accertare...se l’evento dannoso sia riferibile ad una condotta della P.A.; provvederà, infatti, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o a colpa della P.A.; la colpa, infatti, costituisce elemento essenziale della responsabilità extracontrattuale...”.*

Orbene, nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato si sofferma ad esaminare due degli elementi costitutivi della responsabilità della P.A.: il nesso di causalità e la colpa, soffermandosi, per quanto attiene a quest’ultimo aspetto, sulla ammissibilità della figura della c.d. colpa d’apparato.

Prima di scendere nell’esame dell’arresto in oggetto occorre, tuttavia, premettere che nel caso sottoposto all’attenzione del Collegio il ricorrente aveva lamentato il ritardo con cui l’amministrazione era giunta a riconoscergli il provvedimento ampliativo dallo stesso preteso (nella specie costituito da un permesso di costruire). Come noto, il danno da ritardo si configura in caso di lesione di interessi legittimi pretesivi e la giurisprudenza più recente tende a considerare risarcibile tale tipo di danno solo se il privato riesca a dimostrare, da un lato, di avere titolo al rilascio del provvedimento finale, al riconoscimento del “bene della vita” che pretende e, dall’altro, che questo provvedimento non è stato emanato nei termini.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, inoltre, il danno da ritardo, pur essendo riconducibile ad un danno da lesione di interessi legittimi per le posizioni fatte valere, è comunque sussumibile nell'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi dell'illecito e all'art. 2236 c.c. per l'individuazione dei confini della responsabilità. In quanto tale, per ottenere il risarcimento di tale forma di danno occorre dar prova di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana: la colpa dell'Amministrazione, la condotta illecita, il danno subito, il nesso di causalità tra la condotta e il danno.

Ciò posto in premessa, e scendendo nel merito dei principi statuiti nella pronuncia in esame, occorre evidenziare che il nesso di causalità, come sopra anticipato, si sostanzia nella riconducibilità del danno sofferto dal privato alla condotta illegittima posta in essere dall'Amministrazione. Orbene, nella pronuncia in esame il Collegio precisa che tale elemento non può ritenersi esistente allorché il danno patito dal privato è stato il frutto di un disegno "criminioso" del dipendente pubblico (nella specie accertato da una sentenza penale di condanna del medesimo al reato ascrittogli e dal risarcimento del danno ivi riconosciuto alla Amministrazione di appartenenza in ragione del comportamento tenuto dal dipendente) che ha agito per il perseguimento di un interesse personale del tutto avulso dalle finalità istituzionali dell'Ente. In tale ipotesi, afferma il Collegio, il carattere strettamente egoistico e personale della responsabilità dell'impiegato spezza *"il rapporto organico esistente tra datore di lavoro e dipendente, senza che quanto operato illegittimamente dal secondo soggetto possa rifluire in capo al primo"*.

In merito al requisito della colpa, elemento soggettivo nella fattispecie di responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimento illegittima, la giurisprudenza è stata protagonista di un lungo e tormentato percorso evolutivo.

L'impostazione giurisprudenziale tradizionale riteneva sussistente la colpa dell'amministrazione una volta accertata l'illegittimità dell'atto amministrativo (modello di *culpa in re ipsa*). Secondo tale ricostruzione, quindi, l'illegittimità dell'atto amministrativo portato ad esecuzione integrava di per sé gli estremi della colpevolezza postulata dall'articolo 2043 c.c.. La nozione di *culpa in re ipsa* si fondava in particolare sul rilievo che la semplice adozione ed esecuzione di un provvedimento illegittimo da parte di un soggetto dotato di capacità istituzionale e

di competenza funzionale ad operare nel settore di riferimento concretasse quella consapevole violazione di leggi, regolamenti o norme di condotta non scritte nella quale si risolve la colpa, secondo la definizione dell'articolo 43 c.p.

La tesi della presunzione assoluta di colpa è parsa, tuttavia, incompatibile con i principi generali della natura personale della responsabilità civile e del carattere eccezionale di quella oggettiva, risolvendosi nell'ingiusta assegnazione all'Amministrazione di un trattamento peggiore rispetto a quello degli altri soggetti di diritto.

Tali dubbi di coerenza sistematica sono stati risolti dalla Suprema Corte di Cassazione che, con la più volte citata sentenza n. 500/1999, supera il predetto orientamento affermando che la colpa non è *in re ipsa*, nell'illegittimità dell'atto amministrativo, essendo necessario, invece, affidare al giudice il potere di svolgere una più penetrante indagine estesa alla valutazione della colpa quale elemento costitutivo della responsabilità e, quindi, quale elemento da provare. A tal fine, la Suprema Corte definisce alcuni indici identificativi della colpa individuandoli nell'ascrizione all'Amministrazione, e non al singolo funzionario, *“della violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che si pongono come limiti esterni alla discrezionalità”* e chiarisce che l'indagine riservata al giudice deve riferirsi alla Pubblica Amministrazione come apparato impersonale e non al funzionario che ha adottato l'atto illegittimo.

Anche tale orientamento, tuttavia, è stato criticato in quanto, sebbene avesse avuto il merito di rilevare come i criteri utilizzati per accertare la colpa delle persone fisiche non potessero essere uguali a quelli utilizzati per accertare la colpa in capo ad un organo amministrativo, da un lato non offriva sicuri indici di individuazione della c.d. colpa d'apparato che sembrava coincidere con la verifica di una disfunzione amministrativa, determinata dalla disorganizzazione nella gestione del personale, dei mezzi e delle risorse degli uffici cui è imputabile l'adozione o l'esecuzione dell'atto illegittimo. Tale disfunzione, però, appariva impropriamente introdotta nella struttura dell'illecito, sia perché l'eventuale disorganizzazione amministrativa e gestionale non è necessariamente causa dell'illegittimità dell'atto, sia perché la stessa risulta essenzialmente estranea al profilo psicologico dell'azione amministrativa immediatamente produttiva del danno.

Non solo, ma la descrizione appena riferita ometteva qualsiasi considerazione e valorizzazione di circostanze esimenti, con ciò precludendo, di fatto, proprio quella penetrante indagine della riferibilità soggettiva del danno alla colpevole azione amministrativa che si raccomanda contestualmente al giudice del risarcimento.

Ad oggi è pacifica l'idea di non poter attribuire alla colpa dell'amministrazione un'accezione meramente oggettiva, sì da farla coincidere con una mera "disfunzione amministrativa". Si accoglie, al contrario, una diversa opzione interpretativa dell'elemento in questione il cui accertamento richiede la verifica e il riscontro dei profili di imputabilità del funzionario agente (a titolo di imperizia o negligenza) e non della P.A. nella sua dimensione organizzativa e gestionale, così da poter valutare la gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento. Tale orientamento viene accolto dal Consiglio di Stato nella pronuncia indicata in epigrafe che conferma: *"valgono le considerazioni di carattere generale già formulate in proposito da questa Sezione (decisione 6 luglio 2004 n.5012) e qui da ribadirsi , secondo cui "la colpa d'apparato, stante il suo carattere essenziale, si rivela impropriamente introdotta nella struttura dell'illecito sia perché l'eventuale disorganizzazione amministrativa non è necessariamente causa di atti illegittimi sia perché la stessa risulta essenzialmente estranea al profilo psicologico dell'azione amministrativa immediatamente produttiva di danno"*.

Si noti, peraltro, che proprio in tema di prova della colpa dell'amministrazione nell'ipotesi di danno da ritardo è di recente intervenuta una interessante sentenza del Tar Lazio (T.a.r. Lazio, sezione III quater, n. 2704/08) che ha specificato proprio come tale prova non possa ritenersi fornita provando il mero ritardo dell'adozione del provvedimento, occorrendo, invece, la prova che la P.A. ha agito con dolo o colpa grave ed, in particolare, che vi sia stato un comportamento gravemente negligente, o una intenzionale volontà di nuocere o un agire contrastante con i principi di legalità, imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione: *"In definitiva, nel caso di richiesta di risarcimento "da ritardo" non è dunque sufficiente un generico procrastinarsi dell'attività amministrativa per la negligenza di una*

singola persona fisica, ma è necessario che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile o ad un comportamento gravemente negligente; o ad un intenzionale volontà di nuocere; ovvero si ponga in radicale contrasto con le regole di legalità, imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost (arg. ex Consiglio Stato, sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6059). Nei casi limite il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico deve essere un effetto diretto di comportamenti illeciti di carattere doloso di soggetti che perseguivano fini personali ed egoistici di tale gravità da rescindere il rapporto di immedesimazione tra agente e amministrazione, e quindi facendo ritenere del tutto estranea la loro attività alla P.A. (cfr. Cassazione Civile, sez. III, 5 gennaio 1979, n. 31)''.