

LA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO DEL CITTADINO NEI CONFRONTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

* * * * *

ENRICO FOLLIERI

* * * * *

Nel 2011 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con tre ordinanze della stessa data del 23 marzo 2011, regolano la giurisdizione, stabilendo che appartiene al giudice ordinario la decisione sulla domanda di risarcimento dei danni per l’affidamento incolpevole del destinatario di un provvedimento amministrativo attributivo di un vantaggio, annullato dal giudice amministrativo o dalla stessa amministrazione in autotutela.

Le Sezioni Unite diversificano le ipotesi in cui il risarcimento dei danni consegua ad un illegittimo diniego di un provvedimento favorevole per il quale l’interessato può rivolgersi al giudice amministrativo per l’annullamento ed il risarcimento dei danni, dalla situazione di chi, ottenuto un provvedimento favorevole fa affidamento incolpevole su di esso, ponendolo in esecuzione e, successivamente, interviene l’annullamento di ufficio o l’annullamento giurisdizionale su ricorso di un terzo che lamenti la lesione della sua situazione giuridica soggettiva.

A seguito dell’annullamento dell’atto favorevole in autotutela o da parte del giudice, il destinatario che, senza sua colpa, abbia fatto affidamento sull’atto amministrativo, subendo danno, può agire in via risarcitoria.

È opportuno indicare le fattispecie concrete sottoposte all’esame della Suprema Corte: le ordinanze n. 6594 e n. 6595 hanno riguardato i danni subiti dal titolare di un titolo abilitativo edilizio eseguito e, poi, nel primo caso, annullato in autotutela dall’autorità amministrativa e, nel secondo, dal giudice amministrativo; l’ordinanza n. 6596, i danni richiesti da un’impresa,

risultata aggiudicataria di un appalto di servizio di ristorazione scolastica a cui è stata data parziale esecuzione in adempimento del contratto sottoscritto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, su ricorso al TAR di altro concorrente.

Le decisioni sono intervenute in materie di giurisdizione esclusiva sia all'epoca in cui sono state trattate le cause che all'attualità, ai sensi dell'art. 133, lett. e) ed f), c.p.a. per cui la giurisdizione del giudice ordinario è stata affermata, nonostante il giudice amministrativo conosca, non solo della lesione degli interessi legittimi, ma anche dei diritti soggettivi.

Le pronunzie della Corte di Cassazione, come rilevato dalla dottrina hanno *“aperto la strada ad una forma nuova ed autonoma di danno da comportamento scorretto, in cui la violazione del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione è ricondotto nella violazione di un dovere generale di comportamento, il neminem laedere, cui è tenuta anche l'amministrazione come qualunque altro privato”* (1 A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli 2016, 229).

Gli arresti sono stati confermati da successive pronunzie della Corte di Cassazione che, fermo il principio di diritto sostanziale, ha ulteriormente precisato le ragioni dell'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, nonostante l'intervento del codice del processo amministrativo.

La giurisprudenza amministrativa, in punto di giurisdizione, in mancanza di eccezione delle parti, in genere, ha deciso il merito, senza pronunziarsi sulla giurisdizione, ma, quando ha affrontato la questione, perlopiù si è allineato al principio delle decisioni della Cassazione.

Anche per il profilo sostanziale, si sono profilati contrasti, per cui, con tre ordinanze, è stata investita della problematica l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Per una particolare coincidenza, anche l'organo giurisdizionale amministrativo nomofilattico, si è pronunziato con tre decisioni coeve del 29 novembre 2021, su questioni simili a quelle decise dalla Cassazione: le

sentenze nn. 19 e 20 hanno affrontato il risarcimento dei danni lamentati da titolari di titoli abilitativi edilizi annullati dal giudice amministrativo, mentre la n. 21, i danni richiesti da un'impresa per l'aggiudicazione di un appalto, annullata dal giudice amministrativo.

Le fattispecie concrete esaminate con le tre decisioni della Corte di Cassazione sono sovrapponibili a quelle oggetto delle tre pronunzie dell'Adunanza Plenaria la quale è giunta alle stesse conclusioni sul piano del diritto sostanziale, anche se con diversa connotazione per dare forza alla tesi che la giurisdizione appartenga al giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato, infatti, ha stabilito il seguente principio di diritto: *“nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti all'esercizio del pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica..., ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”* e inoltre: *“la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento”*.

Il giudice amministrativo afferma, quasi solennemente, il principio della tutela risarcitoria dell'affidamento del cittadino nel provvedimento amministrativo favorevole, anche se ne venga accertata l'illegittimità, dando valenza autonoma alla correttezza, alla buona fede ed alla lealtà dell'amministrazione sulle quali si basa la fiducia nel rapporto tra pubblica amministrazione e privato e che si pone su di un piano diverso dalla legittimità dell'azione amministrativa ma, nel contempo, indica una serie di

vie di fuga dettagliate nella motivazione della sentenza, per sottrarre l'amministrazione al risarcimento dei danni, ridimensionando notevolmente l'affidamento.

Queste tre sentenze dell'Adunanza Plenaria accedono, comunque, alla tesi risarcitoria dell'affidamento incolpevole del destinatario del provvedimento amministrativo favorevole annullato, avanzata dalla Corte di Cassazione, e, con dovizia di argomenti, acuti e puntuali già espressi dalla dottrina, criticano la regola del riparto seguita dalle Sezioni Unite, affermando la giurisdizione del giudice amministrativo.

È opportuno considerare le conseguenze sulla tutela dell'affidamento se la giurisdizione si attribuisca all'uno o all'altro plesso giudiziario.

oooooooooooo

I due plessi giurisdizionali che conoscono delle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione non sono indifferenti per la tutela, specie con riferimento alla domanda di risarcimento dei danni, sotto più profili.

1. Natura e durata del termine per promuovere il giudizio.

Si può convenire che l'affidamento abbia una sua autonomia concettuale e di tutela ed operi su un piano diverso dalla legittimità dell'atto (anzi, prescinde da quest'ultima) per cui è una situazione giuridica soggettiva; si discute se sia da qualificare diritto soggettivo o interesse legittimo.

Lo definisce interesse legittimo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato radicando la sua giurisdizione sia per quella generale di legittimità che per quella esclusiva.

La qualificazione come interesse legittimo, anche nelle materie in cui vi è la giurisdizione esclusiva, comporta che non può predicarsi la tutela propria dei diritti soggettivi per la natura e la durata del termine per proporre ricorso.

Affermare la giurisdizione amministrativa significa, anche per le materie di giurisdizione esclusiva, che la domanda per il risarcimento dei danni da affidamento va *“proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni”*

decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo” (art. 30, comma 3, c.p.a.) ovvero entro “centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza” (art. 30, comma 5, c.p.a.).

L'affidamento di cui si discute viene leso quando la sentenza di annullamento del provvedimento favorevole al destinatario passa in giudicato, per cui l'azione risarcitoria, a pena di decadenza va promossa entro centoventi dal giudicato ovvero, quando interviene l'annullamento in autotutela, dalla conoscenza del provvedimento di secondo grado.

Se la giurisdizione è del giudice ordinario, il termine non è più di decadenza, ma di prescrizione ed è di cinque anni, se la responsabilità è fatta risalire all'art. 2043 c.c., addirittura di dieci anni, se è qualificata come responsabilità contrattuale o da “contatto”.

La differenza di tutela è vistosa ed è evidente che per il cittadino è decisamente preferibile quella che può dispensare il giudice ordinario.

Per la natura e la durata del termine, il cittadino risente negativamente della tutela giurisdizionale attribuita al giudice amministrativo, ponendo la pubblica amministrazione in una posizione di privilegio che, ormai, è ingiustificata sulla base dei principi che regolano l'azione amministrativa, anche autoritativa.

2. La struttura del processo e l'istruttoria.

Altro elemento che condiziona la tutela del cittadino è la differenza della struttura dei due processi che si ripercuote sull'istruttoria.

Il giudizio amministrativo fonda il materiale processuale nel procedimento amministrativo e negli atti amministrativi che precedono il processo.

Il sindacato del giudice amministrativo, nella normalità dei casi, si svolge sul fatto e (in parte anche) sul diritto, come filtrato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione amministrativa ed utilizza

quelle che si definiscono “prove” precostituite fuori dal processo. È un giudizio che considera quanto la pubblica amministrazione ha deciso sulla base dei dati di fatto raccolti e dei principi di diritto esposti da una parte del processo, l’amministrazione resistente (oltre che, ovviamente, dei motivi adottati dal ricorrente).

Il risarcimento dei danni è fuori da questa struttura processuale e dalle modalità con cui il giudice amministrativo esprime il suo giudizio perché l’amministrazione, nel procedimento, non raccoglie certo i dati per stabilire se c’è il danno e per quantificarlo e nemmeno evidenzia i principi di diritto che possono consentire l’accoglimento di una richiesta risarcitoria. Ne consegue che la domanda di risarcimento dei danni deve acquisire il materiale probatorio e costruire le basi per il suo esame senza poter contare sulla preventiva attività amministrativa raccolta nel procedimento.

Non è un caso che il quarto comma dell’art. 34 c.p.a., sostanzialmente riproduttivo del secondo comma dell’art. 35 del D. Lgs. n. 80 del 1998, preveda che il giudice amministrativo può “*stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine*” e, se le parti non giungono ad un accordo o non adempiono a quanto stabilito nell’accordo concluso, è possibile agire per l’ottemperanza. Ciò, infatti, consente di rientrare nello schema e nella struttura propria del processo amministrativo perché il giudice fissa i principi che devono essere seguiti e si avvale di quello che viene stabilito nel procedimento amministrativo volto a raggiungere l’accordo. È un modo per surrogare alla mancanza di quella che è normalmente la base per il sindacato giurisdizionale e cioè la decisione della pubblica amministrazione.

Il materiale per il risarcimento dei danni – questo è il punto – deve essere acquisito durante e nel processo e destruttura il giudizio amministrativo, modificando quello che è il suo normale svolgimento.

Non ha rilievo che il codice del processo amministrativo abbia ampliato notevolmente i mezzi di prova di cui dispone il giudice amministrativo e che ben potrebbero consentire di approfondire il fatto generatore del danno e la sua quantificazione perché la struttura del processo condiziona il giudice che si abitua ad utilizzare determinati strumenti e forma la sua professionalità in un certo modo.

È diverso il quadro organizzativo e lo svolgimento del processo civile nel quale vi sono sì le prove documentali precostituite, ma non sono necessariamente acquisite e, normalmente, vengono utilizzati tutti i mezzi di prova per conoscere i fatti rilevanti che non sono filtrati da una delle parti del processo (la pubblica amministrazione) e il giudice opera con lo strumentario che solitamente utilizza per poter decidere sull'*an* e sul *quantum* del risarcimento dei danni.

Il giudice amministrativo svolge un raffinato sindacato sull'atto e il procedimento amministrativo ed i loro vizi ed ha acquisito un'indubbia capacità di indagine sul potere autoritativo.

Il giudice ordinario ha raggiunto una capacità di acquisire, ordinare e coordinare i fatti, senza che vengano "preparati" da altro soggetto, che lo pone in grado di affrontare a 360 gradi le problematiche del risarcimento dei danni.

Il nostro sistema è imperniato per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione su due plessi giudiziari i cui giudici hanno sviluppato capacità, intuito e sensibilità giuridica in direzioni che non sono sovrapponibili e andrebbero impiegati, valorizzando le professionalità acquisite da ciascuno ed evitando scambi di ruolo.

La tutela non ha la medesima effettività ed efficienza se assicurata dall'uno o dall'altro giudice e non è indifferente che una controversia sia attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo.

Il giudice della domanda di risarcimento dei danni nei confronti della pubblica amministrazione è quello ordinario dal 1865, mentre il giudice sul sindacato degli atti amministrativi è il Consiglio di Stato dal 1889.

Il giudice ordinario sa interpretare e garantire al meglio la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione per la “storia”, la struttura e l’organizzazione del processo civile.

3. La posizione istituzionale di indipendenza del giudice ed i riflessi sulla imparzialità e terzietà.

In altra occasione, ho evidenziato che il Consiglio di Stato debba ancora conquistare appieno l’indipendenza, essenziale cardine del giusto processo che è verificato sulla base delle previsioni legislative, ordinarie e costituzionali.

Ho evidenziato che, per raggiungere questo obiettivo, è indispensabile che siano troncati i rapporti con il Governo, eliminando le disposizioni che consentono a quest’ultimo di nominare un quarto dei Consiglieri di Stato ed il Presidente del Consiglio di Stato e di scegliere i magistrati incaricati di funzioni amministrative presso l’amministrazione (E. FOLLIERI, *Per l’indipendenza del Consiglio di Stato in Il diritto amministrativo in trasformazione* Torino 2016, 63 e ss. ma anche in *Dir. Proc. Amm.* 2016, 1234 e ss).

L’indipendenza, pur essendo un concetto diverso dalla terzietà ed imparzialità del giudice che vanno considerate in relazione alla concreta controversia, influenza il giudizio.

L’orientamento del giudice amministrativo verso una considerazione privilegiata dell’interesse pubblico è condizionato, oltre che dagli elementi critici sulla indipendenza, anche dal malinteso carattere di specialità della sua giurisdizione che lo porta a smarrire l’ineludibile imparzialità che deve assistere il magistrato nell’esercizio della funzione giurisdizionale.

Una chiara evidenza di quanto si afferma è data dalle tre sentenze citate dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato quando considerano il ragionevole convincimento e l’assenza di colpa nel beneficiario del

provvedimento favorevole annullato per poter accogliere la domanda risarcitoria per lesione dell'affidamento.

L'affidamento:

a) deve essere incolpevole, cioè ragionevole, fondarsi su una situazione di apparenza nella quale *“il privato abbia senza colpa confidato”*;

b) è escluso se il destinatario sia consapevole dell'illegittimità, se manifesta, del provvedimento favorevole;

c) è escluso se il privato abbia indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento favorevole;

d) quando il beneficiario, che, quale controinteressato, riceve notifica del ricorso giurisdizionale volto all'annullamento del provvedimento favorevole (che *“diviene un'evenienza non imprevedibile”*) è posto *“nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza”* nel quale l'azione può essere proposta; ne consegue che è ipotizzabile *“un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio”*;

e) è rafforzato dalle iniziative dell'amministrazione a difesa del provvedimento favorevole (poi annullato);

f) non è influenzato dal tempo trascorso che è un *“fattore che fonda l'interesse oppositivo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio”*.

Il giudice ordinario, invece, afferma solo che deve essere incolpevole l'affidamento, ma non vi include tutte le ipotesi espresse dal giudice amministrativo.

Non può essere una giustificazione accettabile quella di evitare esborsi di danaro da parte della pubblica amministrazione che, alla fine, ricade su tutti i contribuenti. Può mai essere giusto far gravare, invece, su un solo cittadino il comportamento scorretto e sleale dell'amministrazione lesivo dell'affidamento? Non può pagare il privato che ha avuto la disavventura di

imbattersi in un'amministrazione che non si è comportata secondo buona fede.

La tutela della finanza pubblica – e, quindi, dei contribuenti – non può giungere a far pesare sul singolo il mancato rispetto delle regole e dei principi che la pubblica amministrazione deve seguire.

Degli elementi che il giudice amministrativo ritiene che facciano venir meno l'affidamento destano perplessità:

- l'attribuzione al cittadino (alla sua colpa) dell'illegittimità manifesta dell'atto favorevole che è adottato da organo amministrativo di cui si deve presumere la competenza e capacità professionale, per cui la manifesta illegittimità, semmai, dovrebbe valere nel senso di un aggravio di responsabilità dell'amministrazione;

- la notifica di un ricorso per l'annullamento dell'atto favorevole perché non significa certamente che il ricorso sia accolto; se, invece, i motivi adottati rendono palese l'illegittimità dell'atto favorevole, l'amministrazione dovrebbe annullare l'atto impugnato e non il controinteressato perdere la tutela dell'affidamento; inoltre, l'affermazione dell'Adunanza Plenaria contraddice la presunzione di legittimità dei provvedimenti amministrativi e il principio di efficacia degli atti amministrativi;

- il tempo, invece, dovrebbe rientrare nella stabilità dell'affidamento risarcibile, non potendosi sostenere che rilevi nell'annullamento di ufficio e sia ininfluenza nella tutela risarcitoria.

4. Conclusioni sulla giurisdizione.

La natura e la durata del termine per proporre l'azione innanzi al giudice amministrativo, la struttura del processo amministrativo, la posizione istituzionale sulla (relativa) indipendenza del Consiglio di Stato che si riflette sulla terzietà ed imparzialità del giudice, da una parte, il termine prescrizione di cinque anni per promuovere il giudizio innanzi al giudice ordinario, la struttura (aperta) del processo civile più adatto ad un esame

dell'*an* e del *quantum* del risarcimento, la indipendenza del giudice ordinario tutelata direttamente con norme costituzionali che l'assicurano in maniera più piena nei confronti del potere esecutivo, dall'altra parte, rendono palese che il cittadino riceve una tutela più effettiva ed efficiente se dell'azione di risarcimento dei danni per lesione dell'affidamento in un provvedimento amministrativo favorevole annullato ne conosce il giudice ordinario anziché il giudice amministrativo.

La regola di riparto della giurisdizione tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario fondata sulle situazioni giuridiche soggettive non è certo di sicura applicazione specie in un caso come questo nel quale si può sostenere, con buoni argomenti, sia l'una che l'altra soluzione.

Comunque, il cittadino deve sperare che la Corte di Cassazione non cambi orientamento ed il legislatore non introduca un'altra ipotesi di giurisdizione esclusiva sul tipo di quella del "*risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo*", se vuole una tutela risarcitoria, effettiva e non illusoria, dell'affidamento nel provvedimento favorevole.