

IL PRINCIPIO SOVRANAZIONALE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO VERSO UN RAPPORTO AMMINISTRATIVO PARITARIO: COMMENTO AD ORDINANZA CASS. SEZ. UN. 28 APRILE 2020, N. 8236.

Michelangelo Strazzeri

Nei tempi recenti si assiste a un crescente fenomeno di rafforzamento della tutela degli interessi procedimentali e, in particolare, dell'interesse al rispetto della tempistica procedimentale da parte della Pubblica Amministrazione.

La pretesa al rispetto delle regole procedimentali che presidiano l'esercizio dei poteri amministrativi trova conforto nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale in materia di giusto procedimento.

Dopo l'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990 e la rottura delle precedenti forme di gestione discrezionale dei procedimenti, la tendenza del legislatore è stata quella di ridimensionare progressivamente le regole procedimentali per contrastare il rischio che i meccanismi burocratici potessero ingessare l'azione amministrativa.

L'eccessiva procedimentalizzazione, infatti, impedisce il raggiungimento di una decisione amministrativa in tempi rapidi e certi, sicché cagiona vuoti di tutela degli interessi pubblici che la legge affida alle cure della Pubblica Amministrazione. L'esigenza di semplificazione del procedimento amministrativo costituisce il denominatore comune di molti istituti come la denuncia e la segnalazione certificata di inizio attività, la sanatoria dei vizi procedimentali, la regola generale del silenzio-assenso nei rapporti fra le pubbliche amministrazioni.

In questa prospettiva, la direttiva 2006/123/CE sui "Servizi nel mercato interno" (c.d. direttiva Bolkestein), al fine eliminare o limitare gli effetti negativi sul mercato derivanti dalla lunghezza dei procedimenti amministrativi e dall'incertezza giuridica causata dalle more della loro conclusione, ha posto come obiettivo di fondo quello di ridurre allo stretto indispensabile i regimi autorizzatori e gli adempimenti burocratici per le imprese interessate allo svolgimento di attività economiche.

In tale ottica, ogni aggravio procedimentale è consentito solo nella misura in cui risponde all'esigenza di salvaguardare un interesse pubblico, mentre l'assenza di motivi d'interesse generale impone al legislatore una semplificazione amministrativa o finanche la completa liberalizzazione dell'attività economica.

Sul versante costituzionale, il cardine dei processi di semplificazione è il principio del buon andamento sancito dall'art. 97 Cost., declinato nel senso che le logiche burocratiche sono ammesse solo se necessarie perché giustificabili alla luce di una connessione con valori pubblici da tutelare.

Altrimenti, invece, la procedimentalizzazione diventa un carico oneroso e

sproporzionato ai danni sia dell'iniziativa economica privata, che di una cura efficace e tempestiva degli interessi pubblici dell'amministrazione.

Ad ogni modo, le regole procedurali non hanno il solo compito di scandire le modalità di esercizio dei poteri amministrativi per il perseguimento dei fini pubblicistici, ma, al contrario, sono anche fonte di un sistema fondamentale di garanzie partecipative e di cautele difensive per la tutela di situazioni giuridiche individuali.

Proprio in relazione all'importanza di tale ulteriore funzione, la parabola evolutiva del procedimento amministrativo sembra destinata ad una nuova fase di ascesa, specialmente grazie a quella giurisprudenza sovranazionale che ha rilanciato la centralità del tema del giusto procedimento.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo, sia pure con riferimento ai procedimenti sanzionatori di competenza di alcune Autorità indipendenti, nelle sentenze Menarini del 27 settembre 2011 e Grande Stevens del 4 marzo 2014, ha analizzato i rapporti fra giusto processo e il giusto procedimento cercando di anticipare alla fase del procedimento amministrativo i principi, gli istituti e le regole elaborate in relazione all'art. 6, par. 1, CEDU in tema di equo processo.

Il principale tratto distintivo, però, che impedisce di assimilare pienamente i due sistemi di garanzie concerne il tipo di contraddittorio che viene assicurato al privato. Il contraddittorio di matrice processuale ha natura orizzontale ed è un fondamentale corollario del diritto alla difesa che si esplica nell'ambito di una relazione paritaria fra le parti, di fronte ad un giudice terzo ed imparziale. Diversamente, il contraddittorio procedimentale è di tipo verticale poiché coinvolge, su un piano non paritario, l'Amministrazione titolare del potere e l'interessato sottoposto al suo esercizio, sicché tale relazione si sviluppa in un'ottica collaborativo-partecipativa e solo in parte difensiva.

In altri termini, il fatto che la legge attribuisca alla Pubblica Amministrazione la titolarità di un potere capace di incidere unilateralmente e autoritativamente sulla sfera giuridica patrimoniale o personale del privato, la pone in una posizione di supremazia che connota i loro rapporti reciproci in senso verticale e mai in senso orizzontale-paritario. Viceversa, quando la P.A. agisce secondo moduli privatistici ai sensi dell'art. 1, comma 1-bis, della legge 241/1990, gli atti sono adottati in posizione di parità con il privato.

Pertanto, sulla scorta di queste premesse si comprende anche la notevole differenza fra il rapporto obbligatorio in ambito negoziale e il rapporto amministrativo in ambito procedimentale, laddove con riferimento a quest'ultimo gli istituti partecipativi a favore del privato nascono per temperare la posizione di supremazia dell'Amministrazione. L'interessato può influenzare l'esercizio del potere

amministrativo verso l'adozione di un provvedimento a sé conveniente, promuovendo istanze conservative o ampliative della sua sfera giuridica, ma di fronte alla necessità della P.A. di perseguire l'interesse pubblico cedono gli interessi legittimi dell'individuo, che restano fisiologicamente insoddisfatti e nessuna reazione processuale è fondata se non vi sono profili di illegittimità del provvedimento. Al di là delle differenze di fondo fra il contraddittorio processuale e quello procedimentale, la crescente importanza assunta dal giusto procedimento nell'ambito della giurisprudenza europea induce a chiedersi se tale principio sia stato anche "costituzionalizzato" acquisendo, pertanto, anche la valenza di parametro vincolante per il legislatore in sede di disciplina dell'azione amministrativa.

Nonostante le discordie dottrinali, argomenti favorevoli segnalano una possibile copertura costituzionale nell'art. 97 Cost., nella misura in cui il giusto procedimento favorisce l'imparzialità e il buon andamento della P.A.

D'altro canto, sembra ragionevole anche il richiamo all'art. 117, primo comma, Cost. che, nel subordinare la potestà legislativa al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e agli obblighi internazionali di fonte pattizia, potrebbe attribuire rilievo costituzionale al principio del giusto procedimento come elaborato dalla Corte EDU, in relazione all'interpretazione estensiva dell'art. 6, par. 1, CEDU, nonché come diritto alla buona amministrazione salvaguardato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Ad ogni modo, anche posta una soluzione positiva del quesito, il problema di fondo resta quello della rilevanza giuridica e dell'autonoma azionabilità in giudizio della pretesa al giusto procedimento.

La situazione soggettiva consistente nella pretesa al rispetto delle regole procedimentali si definisce come interesse procedimentale.

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, gli interessi procedimentali non possono essere inquadrati nella categoria degli interessi legittimi poiché difettano dell'indispensabile requisito della natura sostanziale, ovverosia della correlazione dell'interesse privato con un bene della vita. Viceversa, essi si risolvono nella mera pretesa di natura formale al rispetto di una regola procedimentale, scevra dalla spettanza di una utilità personale o patrimoniale. Di conseguenza, tali situazioni soggettive non sarebbero autonomamente azionabili in giudizio.

Pertanto, nonostante il crescente impegno sovranazionale per consolidare il principio del giusto procedimento, si manifesta attualmente una tendenza verso la dequotazione dei vizi procedimentali.

Sotto un primo profilo, l'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, ha sancito l'irrilevanza delle violazioni procedimentali che non influiscono sul contenuto dispositivo del provvedimento

finale.

In secondo luogo, come anticipato, secondo pacifica giurisprudenza, la frustrazione degli interessi procedurali non risulta meritevole di autonoma tutela sul piano giurisdizionale, anche sul versante risarcitorio.

Di recente, tuttavia, il legislatore ha mostrato una spiccata attenzione per la tutela di un particolare interesse procedimentale: quello al rispetto della tempistica procedimentale.

Al pari del processo, anche il giusto procedimento, analogamente a quanto sancito dall'art. 111, secondo comma, Cost., deve contenersi nell'ambito di un ragionevole frangente temporale, altrimenti il soggetto coinvolto nell'azione amministrativa risulterebbe esposto *sine die* a una situazione d'incertezza giuridica potenzialmente dannosa, indipendentemente dalle successive modalità concrete di esercizio del potere.

Di questa circostanza il legislatore ha preso atto con la legge n. 69/2009 che, superando una precedente impostazione contraria del Consiglio di Stato (sentenza, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7), mediante l'art. 2-bis della legge n. 241/1990 ha introdotto la risarcibilità del danno cagionato dalla Pubblica Amministrazione per l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Il danno in esame, però, non consegue automaticamente all'inerzia della P.A. oltre la scadenza del termine di legge entro il quale avrebbe dovuto provvedere, né si tratta di un danno che deriva dalla negazione dell'utilità sostanziale connessa all'interesse legittimo del privato coinvolto nel procedimento amministrativo.

Come è stato autorevolmente evidenziato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 4 maggio 2018, n. 5), la fonte del danno è la lesione del diritto alla autodeterminazione negoziale.

Il ritardo qualificato nell'adozione del provvedimento amministrativo genera, infatti, quella situazione d'incertezza che può indurre il privato a scelte negoziali sconvenienti, fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni, che non avrebbe compiuto qualora avesse tempestivamente conosciuto della risposta dell'amministrazione entro i termini di legge. Il danno, pertanto, non è automatico alla scadenza dei termini per provvedere, ma va dimostrato nel caso concreto e consiste nel danno emergente o nel lucro cessante, conseguenza diretta e immediata della condotta illecita della P.A.

L'azione spetta alla cognizione del giudice amministrativo nell'ambito delle materie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva ex art. 133, lett. a), n. 1 c.p.a. ed è soggetta ad un termine di decadenza di 120 giorni decorrenti trascorso un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Ciò posto, in virtù dell'interpretazione descritta sulla natura del danno da ritardo nella

conclusione del procedimento e in ragione dell'inquadramento dell'azione nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A., sembra opportuno osservare che, in verità, l'azione introdotta nell'art. 2-bis della legge n. 241/1990 tutela solo mediatamente l'interesse alla tempistica procedimentale, mentre oggetto immediato di protezione della norma è il diritto all'autodeterminazione negoziale.

Al fine di comprendere le ragioni di tale constatazione, l'istituto in esame può essere raffrontato con la disciplina contenuta nella legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. Legge Pinto), recentemente modificata dalla legge n. 208/2015, in materia di tutela del diritto alla ragionevole durata del processo.

Ebbene, nella legge Pinto l'interesse alla tempistica "processuale" costituisce l'oggetto immediato della tutela risarcitoria poiché la domanda di equa riparazione è correlata al fatto oggettivo della scadenza dei termini di ragionevole durata, stabiliti in tre anni per il primo grado di giudizio, due anni per il secondo grado e un anno per il grado di legittimità. Il termine è complessivamente rispettato se l'intero giudizio ha una durata complessivamente inferiore a sei anni.

Accolta la domanda, il giudice liquida una somma di denaro compresa fra un minimo e un massimo individuato dal legislatore in relazione a ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che eccede il termine di ragionevole durata del processo. Diversamente dall'istituto introdotto dalla L. n. 69/2009, quindi, la legge Pinto non risarcisce il danno-conseguenza derivante ritardo, bensì il danno consistente nel fatto/ritardo, ossia il tempo ingiustamente perduto a causa del ritardo, il quale postula la sola prova della scadenza dei termini processuali per l'*an* della riparazione, mentre la misura del tempo processuale ingiusto attiene alla fase di liquidazione del *quantum*. In altri termini, il legislatore ha attribuito e delimitato un valore economico al tempo che va oltre la scadenza del termine di ragionevole durata, riconoscendo così una tutela risarcitoria diretta dell'interesse alla tempistica processuale, il quale viene elevato da interesse formale a situazione giuridica sostanziale, qualificabile come diritto soggettivo alla ragionevole durata.

Dal momento in cui al tempo successivo alla ragionevole durata viene riconosciuto *ex lege* un valore apprezzabile sotto il profilo economico, esso diviene un bene della vita meritevole di protezione, forte di una posizione giuridica soggettiva riconducibile alla pretesa al giusto processo.

Con riferimento all'istituto dell'azione contro il ritardo della P.A. per la violazione dei termini procedurali ex art. 2 bis della L. n. 241/1990, invece, l'oggetto immediato della tutela è la lesione che il ritardo provoca alla sfera di autodeterminazione negoziale del privato, ovvero sia il danno-conseguenza derivante dal ritardo e non il danno consistente nel ritardo in sé.

Se, infatti, anche in tal caso l'oggetto immediato della tutela fosse l'interesse

procedimentale al rispetto del termine di conclusione del procedimento, il danno risarcibile sarebbe presente in *re ipsa* dal momento della scadenza dei termini per provvedere, indipendentemente da una condotta dolosa o colposa d'inosservanza dei suddetti e, soprattutto, sarebbe parametrato a scadenze temporali nelle quali si protrae la condotta inerte dell'Amministrazione (analogamente alle metodiche di equa riparazione).

Al contrario, il danno da ritardo risarcibile ex art. 2 bis è correlato alla lesione di una situazione di natura sostanziale dove, si ripete, il bene della vita protetto non è il tempo che va oltre la scadenza dei termini procedurali, ma l'autodeterminazione negoziale.

In definitiva, l'azione contro il ritardo della P.A. tutela l'interesse alla tempistica procedimentale solo in via indiretta e mediata, poiché spinge l'amministrazione a concludere il procedimento entro i termini di legge, onde evitare si maturi il presupposto necessario (la scadenza/ritardo – fattore non risarcibile) che espone il privato a quelle contingenze dannose dell'incertezza giuridica (eventuale danno emergente o lucro cessante: risarcibile, se dimostrato) che lo legittimano all'esercizio dell'azione innanzi al G.A.

Con ogni evidenza, la disciplina positiva non consente un'autonoma tutela risarcitoria della pretesa al rispetto del termine di conclusione del procedimento. Tale pretesa resta un interesse procedimentale non azionabile che non viene affatto elevato dal legislatore al tenore di un diritto alla ragionevole durata del procedimento.

La giurisdizione amministrativa, infatti, è tradizionalmente una giurisdizione soggettiva finalizzata alla tutela di posizioni individuali di natura sostanziale e non ha il compito di attuare la legalità in termini assoluti, senza una correlazione fra l'interesse del privato e un bene della vita (posto che non è tale il tempo ingiusto del procedimento).

La tutela dell'interesse al rispetto della tempistica procedimentale, tuttavia, proprio in ragione della sua delicatezza nell'ambito del giusto procedimento e del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, ha giustificato un recente intervento del legislatore che sembra attuare una giurisdizione oggettiva volta a salvaguardare la legalità in astratto.

Si fa riferimento al ricorso per l'efficienza della Pubblica Amministrazione, regolato dal D.lgs. n. 198/2009, anche noto come "*class action*" nei confronti della P.A.

Si tratta di una azione collettiva (o più correttamente: di una azione individuale circondata da meccanismi normativi di pubblicità del ricorso diretti a provocare l'intervento di altri titolari d'interessi omogenei) volta dichiaratamente al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio da parte delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi

pubblici.

La legittimazione attiva spetta ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, sul presupposto di aver subito conseguenze pregiudizievoli, ovvero una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, per effetto di una serie di disfunzioni fra le quali assume rilevanza sul tema in commento la violazione di termini procedurali.

Qualora il giudice dovesse accertare la violazione, l'omissione o l'inadempimento, ordina alla pubblica amministrazione di porre rimedio alla disfunzione entro un congruo termine.

Sebbene comunemente si parli di “*class action*” amministrativa, il rimedio in esame si discosta notevolmente dall'azione di classe tipica del sistema anglosassone, in quanto è espressamente escluso che l'azione consenta ai ricorrenti di ottenere un risarcimento del danno.

Il ricorso per l'efficienza della P.A. è quindi volto, fra le altre cose, ad eliminare una inefficienza organizzativa che genera un ritardo sistematico nella conclusione dei procedimenti amministrativi, imponendo al soggetto pubblico di ripristinare il livello essenziale delle prestazioni sotto il profilo della tempistica procedimentale, rimuovendo quelle cause dilatorie che impediscono di ristabilire il buon andamento. Il D.lgs. n. 198/2009 costituisce certamente un passo importante verso la tutela dell'interesse alla tempistica procedimentale.

Da un lato, diversamente dall'azione contro il ritardo ex art. 2-bis della legge n. 241/1990, offre una protezione diretta e non mediata dell'interesse procedimentale, attuando una giurisdizione oggettiva scevra da una situazione soggettiva di natura sostanziale. Oggetto della tutela è infatti l'interesse al ripristino del giusto procedimento e non la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale.

Dall'altro, tuttavia, il ricorso per l'efficienza concede una tutela soltanto parziale che investe i soli procedimenti futuri – soggetti alla condanna giudiziale di ripristino del buon andamento – mentre non offre ristoro per equivalente in relazione a quei procedimenti affetti dal ritardo rispetto ai quali si era manifestata la lesione diretta, concreta ed attuale che ha legittimato il ricorrente all'esperimento dell'azione.

Sotto il profilo della ragionevole durata, dunque, gli strumenti di tutela finora apprestati dal diritto pubblico rivelano un argomento negativo sull'avvenuta costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento e dimostrano che siamo ben lontani da una completa equiparazione al giusto processo.

Se il giusto procedimento fosse parametro di costituzionalità delle leggi, anche con riferimento alla principio della ragionevole durata, in relazione agli articoli 97 e 117, primo comma, Cost., analogamente a quanto previsto dall'art. 111, secondo comma, Cost., ne potrebbe derivare una delle due seguenti situazioni: o l'affermazione di un

principio di natura programmatica (a detrimento del principio di effettività) o altrimenti si potrebbe riflettere su un possibile profilo di incostituzionalità della disciplina pubblicistica degli artt. 2 bis della L. n. 241/1990 e del D.lgs. n. 198/2009 nella parte in cui non consentono al privato una equa riparazione, analoga a quella prevista dalla Legge Pinto, in relazione al tempo eccedente la scadenza del termine di ragionevole durata del procedimento.

Al di là delle suesposte riflessioni, la cornice normativa finora delineata è utile per fornire un quadro sintetico sulle odierne forme di tutela della pretesa al rispetto delle regole procedurali, quantomeno relativamente a quelle affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo.

E' quindi possibile, adesso, integrare l'argomento con la recente ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 8236/2020, pronunciata su regolamento di giurisdizione, che offre spunti di riflessione su possibili nuovi mezzi di protezione trasversali al giusto procedimento.

L'elemento significativo di novità consiste nell'aver mascherato il rapporto amministrativo procedimentale fra la P.A. e il privato con un rapporto obbligatorio privatistico in attuazione dei principi generali di correttezza e buona fede.

Nello specifico, i Giudici di legittimità hanno elaborato il principio della seguente massima: *“Spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la Pubblica Amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione”.*

Urge preliminarmente contestualizzare il principio di diritto; il caso concerne un procedimento autorizzatorio per la realizzazione di un complesso alberghiero da parte di una società di costruzioni.

L'impresa ha agito in giudizio di fronte al giudice ordinario per censurare comportamenti materiali ondivaghi dell'Amministrazione Comunale che, da un lato,

ingeneravano aspettative legittime in ordine ad un possibile provvedimento favorevole e, dall'altro, procrastinavano eccessivamente la decisione dovuta attraverso richieste istruttorie meramente dilatorie. Così, di fatto, l'amministrazione rimaneva inerte, con aggravio di tempo e denaro per la società.

Dopo la costituzione in giudizio e l'eccezione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, il Comune ha proposto regolamento preventivo ai sensi dell'art. 41 c.p.c., chiedendo alle Sezioni Unite di statuire la giurisdizione del giudice amministrativo. L'Amministrazione ha dedotto violazione degli articoli 30 e 133 c.p.a., anche in relazione all'art. 2-bis della L. n. 241 del 1990, poiché l'assenza di un provvedimento positivo impedisce di giustificare un qualsiasi legittimo affidamento della società, la cui doglianza risulterebbe in definitiva riconducibile alla mera violazione dei termini procedurali e alla contestazione di un danno da lesione della autodeterminazione negoziale.

Da qui la necessità di qualificare la domanda come istanza di risarcimento del danno da ritardo, devoluta alla giurisdizione esclusiva del G.A. ex art. 133, lett. a), n. 1 c.p.a., che, appunto, attribuisce a questi la cognizione delle controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo.

Anche il Procuratore Generale presso la Cassazione conclude in favore della parte ricorrente evidenziando che i principi enunciati dalla giurisprudenza consolidata in tema di risarcibilità del danno da lesione del legittimo affidamento postulano sempre l'esistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, successivamente caducato in via di autotutela o in sede giurisdizionale e, nel caso di specie, invece, la corretta qualificazione della domanda impone di tener conto della duplice circostanza che l'amministrazione comunale non ha mai rilasciato alcun permesso a costruire ed inoltre che l'impresa ha, altresì, lamentato espressamente la violazione della disciplina dei termini procedurali.

Il collegio, comunque, supera le obiezioni sulla giurisdizione sottolineando che il collegamento fra il legittimo affidamento e la necessaria presenza di un provvedimento autorizzatorio è una valutazione che attiene al merito della controversia, mentre, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., la decisione sulla giurisdizione deve essere correlata all'oggetto della domanda.

Pertanto, afferma che l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria è uno strumento complementare rispetto alla tradizionale tutela demolitoria e, pertanto, che la giurisdizione amministrativa sussiste soltanto sul presupposto di un collegamento causale fra il danno di cui si chiede il risarcimento alla P.A. e un provvedimento amministrativo illegittimo.

Esula, quindi, dalla cognizione del G.A. la domanda risarcitoria promossa dal

destinatario di un provvedimento ampliativo, successivamente annullato ad opera del giudice o della stessa pubblica amministrazione, poiché la *causa petendi* di detta domanda non è la illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì la lesione dell'affidamento dell'attore.

Come già precedentemente affermato con le ordinanze delle Sez. Unite nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, sia pure con riferimento a domande di risarcimento del danno da lesione del legittimo affidamento ingenerato da provvedimenti di aggiudicazione di gare pubbliche, poi annullati dal G.A., il provvedimento amministrativo illegittimo non rileva più come atto di espressione del potere della P.A., ma esclusivamente come mero comportamento materiale.

L'adozione del provvedimento non viene in rilievo, dunque, nel suo mero risultato sul piano dell'azione amministrativa e, quindi, dell'esercizio in concreto del potere, bensì come elemento che deve avere avuto efficacia causativa del danno-evento rappresentato dalla determinazione dell'affidamento incolpevole.

Tale efficacia causativa, lungi dall'essere automaticamente ricollegabile di per sé al modo in cui il potere è stato esercitato, postula l'allegazione di ulteriori elementi in concorso con i quali l'adozione del provvedimento riveli quell'efficacia causale.

In altri termini, non si fa questione delle modalità illegittime di esercizio del potere. La questione prospettata dal privato, infatti, inerisce l'attitudine del pregresso esercizio del potere, inteso come comportamento meramente materiale esorbitante dal rapporto amministrativo, a determinare come conseguenza causale l'insorgenza di un affidamento incolpevole del privato beneficiario della permanenza di una situazione di vantaggio.

Pertanto, alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale sulla distinzione fra comportamenti amministrativi e materiali (a partire dalle sentenze nn. 204/2002 e 191/2006 e più recentemente la sentenza n. 35/2010), posto che la tutela dei diritti nell'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva è sempre condizionata dall'esistenza di un collegamento fra la condotta della P.A. e l'esercizio della funzione pubblica, i meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio, come nel caso di specie, spettano alla giurisdizione del giudice ordinario.

Risolta positivamente la questione di giurisdizione, i Giudici di legittimità richiamano la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio comunitario della tutela dell'affidamento, corollario del principio di certezza del diritto, al quale anche l'attività amministrativa deve uniformarsi ai sensi dell'art. 1 della L. n. 241 del 1990.

Nell'ambito del diritto amministrativo, il principio della tutela dell'affidamento nei confronti delle condotte dalla P.A. costituisce la *ratio* di fondo di numerose disposizioni della L. n. 241/1990 che regolano l'azione amministrativa. Fra queste figura, peraltro, l'azione risarcitoria contro il ritardo ex art. 2-bis per l'inosservanza

dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Il tratto comune di tali norme è rappresentato dal fatto che esse disciplinano direttamente l'esercizio del potere amministrativo, di talché la relativa violazione cagiona l'illegittimità del provvedimento e la conseguente opportunità demolitoria e risarcitoria davanti al giudice amministrativo.

Opportunamente, la Corte di Cassazione sottolinea che le norme di diritto pubblico non vengono in rilievo nel caso sottoposto al loro esame poiché il danno derivante da un comportamento meramente materiale (come qualificato allo scopo di giustificare la giurisdizione) non riguarda la violazione delle regole che presidiano l'esercizio del potere amministrativo.

Le suddette disposizioni della L. n. 241 del 1990 interessano, invece, per il loro rilievo di carattere sistematico, in quanto, si evidenzia *“rappresentano un indice del progressivo orientamento del nostro ordinamento verso un'idea di diritto amministrativo paritario. Un'idea del diritto amministrativo che postula un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, consapevole dell'impatto che l'azione amministrativa produce sempre sulla sfera dei cittadini e delle imprese ed orientato al confronto leale e rispettoso della libertà di determinazione negoziale dei privati”*.

E' sulla base di questa premessa concettuale che la Suprema Corte afferma il principio di diritto di notevolissima innovatività, ovverosia l'estensione al rapporto amministrativo fra il privato e la pubblica amministrazione di quei doveri generali di correttezza e buona fede di matrice civilistica la cui violazione fonda una responsabilità da lesione dell'affidamento che prescinde dalla valutazione di legittimità o illegittimità, o addirittura dall'esistenza (come nel caso concreto) di un atto di esercizio del potere amministrativo.

Pertanto, generalizzata l'applicazione dei doveri di correttezza e buona fede oltre il mero ambito dell'attività privatistica della pubblica amministrazione ex art. 1 della L. n. 241/1990, si conclude che il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, ma reciproci doveri di buona fede, protezione e informazione.

In conclusione, la responsabilità della P.A. per il danno da lesione del legittimo affidamento perpetrato mediante condotte meramente materiali - che sono tali perché poste in violazione dei doveri di correttezza e buona fede, indipendentemente sia dall'*an* e che dal *quomodo* dell'esercizio del potere - deve essere ricondotta al paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato, con estensione del regime giuridico della responsabilità contrattuale.

Sulla base della descritta giurisprudenza, sorge spontaneo il quesito se è ammissibile

una estensione delle regole civilistiche di correttezza e buona fede, nonché della connessa responsabilità da contatto sociale qualificato, rispetto a condotte materiali dell'amministrazione comunque ascrivibili ad un contesto procedimentale non paritario, connotato da una posizione di supremazia dell'amministrazione e da un contraddittorio di tipo verticale.

Una risposta positiva come quella recata nell'ordinanza n. 8236/2020 avrebbe una portata rivoluzionaria nei rapporti fra il privato e la P.A. soprattutto nell'ottica del giusto procedimento.

Sin ora il rafforzamento delle regole procedurali in favore dei privati sembrava orientarsi verso la progressiva estensione al procedimento amministrativo dei principi sull'equo processo elaborati dalla Corte EDU, oppure dalla Corte di Lussemburgo sul diritto alla buona amministrazione sancito dalla Carta di Nizza.

Diversamente, la giurisprudenza civile mostra una tendenza ad implementare il giusto procedimento attraverso l'assimilazione del tradizionale rapporto amministrativo ad un rapporto negoziale paritario.

Infatti, indipendentemente dalla circostanza che la pubblica amministrazione eserciti poteri autoritativi conferiti dalla legge o adoperi modelli privatistici per il perseguimento dei fini pubblici, la stessa verrebbe ad assumere una serie di obblighi di buona fede, d'informazione e di protezione rispetto al soggetto coinvolto nell'azione amministrativa.

L'insieme di doveri che trovano fondamento nei principi di correttezza e buona fede, e più in generale nel principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., implementano le garanzie del giusto procedimento oltre la disciplina pubblicistica della L. n. 241/1990.

Il giusto procedimento non sarebbe più un insieme di presidi partecipativi diretti ad influenzare l'esercizio del potere autoritativo verso la soddisfazione di un interesse legittimo del privato, bensì acquista una rinnovata dimensione anche di matrice civilistica.

Informazione, protezione e lealtà diventano regole procedurali di condotta della Pubblica Amministrazione determinando il passaggio da un sistema pubblicistico di partecipazione in ottica collaborativa ad una relazione paritaria di contatto sociale nell'ottica protettiva.

Per quanto attiene ai profili della giurisdizione, a fronte di quanti hanno predicato ad oltranza che le nuove Sezioni Unite avrebbero spostato a favore del G.O. la cognizione della domanda risarcitoria del danno da mero ritardo ex art. 2 bis della L. n. 241/1990, deve essere sottolineato come sul punto si esige una più meditata riflessione giuridica delle affermazioni della Suprema Corte.

I Giudici di legittimità, infatti, si sono limitati ad affermare che spetta alla

giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato ingenerato da comportamenti materiali dell'Amministrazione.

Si badi, si tratta di una situazione indipendente dalla violazione dei termini procedurali, la cui circostanza, allegata o meno agli atti processuali, è irrilevante quale presupposto ai fini dell'accoglimento della domanda nel merito, mentre costituisce presupposto imprescindibile per l'accoglimento della richiesta risarcitoria sul danno da lesione dell'autodeterminazione negoziale di fronte al G.A.

In effetti, il caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite trae in inganno nella misura in cui l'attore chiede il risarcimento di un danno che, da un lato, è stato lamentato come conseguenza della violazione dei doveri di correttezza e buona fede (*rectius*: lesione di un legittimo affidamento) e, dall'altro, ben poteva essere censurato dinanzi al G.A. *ex art. 2 bis* della L. n. 241/1990, poiché altrettanto fondato su una lesione della libertà di autodeterminazione negoziale derivante dalla inosservanza colposa del termine di conclusione del procedimento.

Posta questa premessa, sebbene il risultato pratico sia stato quello di spogliare la giustizia amministrativa di una controversia (anche) attinente alla giurisdizione esclusiva in virtù dell'art. 133 c.p.a., rimane insuperabile il rilievo per cui le due domande risarcitorie – per lesione del legittimo affidamento e per il ritardo della P.A. – si fondano su presupposti che, sebbene tutti allegati nel caso in commento, sono notevolmente diversi.

Il danno conseguenza richiesto al giudice ordinario si fonda sulla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede che presidiano le relazioni paritarie di contatto sociale fra privato e P.A. e non v'è di certo l'onere della parte di allegare l'ulteriore presupposto della scadenza del termine di conclusione del procedimento (circostanza la cui presenza e allegazione è irrilevante).

Il danno conseguenza che, invece, può essere domandato al G.A., atteso che ben potrebbe corrispondere alle stesse voci di danno rimesse alla nuova cognizione del G.O., si fonda sul presupposto della violazione dei termini procedurali, ma non impone – ai fini dell'accoglimento della domanda – l'allegazione e la prova di comportamenti materiali opachi ed ondivaghi capaci di ingenerare un affidamento legittimo su prospettive provvedimentali favorevoli.

In conclusione, la sovrapposizione delle giurisdizioni è solo parziale e l'evidente diversità di fondo dei presupposti per l'esercizio delle due azioni esclude in radice l'asserito spostamento di giurisdizione sulla domanda da mero ritardo.

Peraltro, si potrebbe a questo punto affermare che – nei casi di compresenza dei presupposti risarcitori - se l'allegazione della violazione del termine di conclusione del procedimento da parte dell'attore che ha adito il giudice ordinario non vale come

presupposto per l'accoglimento nel merito, potrebbe comunque valere ai fini di una diversa qualificazione giuridica della domanda, la quale è indipendente dalla prospettazione di parte, onde giustificare una declaratoria di difetto di giurisdizione in favore del G.A.

Tale assunto sarebbe corretto soltanto nella misura in cui manchino agli atti introduttivi del giudizio le allegazioni di fatto in relazione ai comportamenti materiali della P.A. posti in violazione dei doveri di correttezza e buona fede che, secondo i giudici di legittimità, giustificano la giurisdizione ordinaria.

Diversamente, in un caso concreto come quello di specie, laddove è stata allegata ogni circostanza di fatto - sia la scadenza dei termini, sia i comportamenti materiali della P.A. con attitudine lesiva - insistere sulla deduzione del primo profilo per giustificare la declaratoria sul difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 133 c.p.a. vuol dire non aver colto un ulteriore elemento della portata innovativa e meritocratica dell'ordinanza n. 8236/2020, ossia la volontà dei giudici di legittimità di preferire il giudice adito quando la stessa azione sarebbe potuta essere stata incardinata altrove. E ciò alla luce del fatto che una tutela immediata può essere offerta dal G.O. senza pregiudizio per la sfera di giurisdizione del G.A. e altresì nel segno di una difesa pronta e celere del privato, senza onerarne inutilmente della riassunzione e della ripetizione del grado di giudizio.

D'altro canto, se l'azione fosse stata incardinata davanti al giudice amministrativo, gli stessi principi di diritto fin qui esaminati, come enunciati dalle Sezioni Unite, non sarebbero valsi ad imporre la giurisdizione ordinaria, poiché nel segno di una preferenza per il giudice adito la qualificazione della domanda avrebbe postulato un rilievo eccezionale della scadenza del termine procedimentale a scapito delle allegazioni sui comportamenti materiali della P.A.

Si tratta, in conclusione, di una giurisdizione ordinaria che – a condizione della allegata compresenza dei sopra descritti presupposti di fatto per la risarcibilità - non si sovrappone, ma si affianca a quella del G.A., anche alla luce di un principio sistematico di preferenza per il giudice preventivamente adito che impedisce a quella coesistenza, ammessa dalla Costituzione, di più ordini giurisdizionali deputati alla cura dei diritti soggettivi (giurisdizione ordinaria e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) di tradursi in un depotenziamento della difesa dei cittadini.