

GIURISDIZIONE E COMPETENZA**Risarcimento dei danni da provvedimento amministrativo favorevole**

TAR LOMBARDIA - MILANO SEZ. I - sentenza 11 luglio 2014, n. 1807 - Pres. Mariuzzo, Est. Marongiu - Basilio ed altro (Avv.ti Tanzarella e Napoli) c. Comune di Cogliate (Avv. Travi) - (dichiara il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione del G.A.) - (sul giudice competente a decidere una controversia avente ad oggetto la domanda avanzata dal destinatario di un provvedimento amministrativo favorevole, disapplicato dal G.O.), con commento di OTTAVIO CARPARELLI, Danno da provvedimento amministrativo favorevole: decide il G.O. od il G.A.?

Giurisdizione e competenza - Risarcimento dei danni - Derivanti dalla lesione dell'affidamento ingenerato da un provvedimento amministrativo favorevole - Nel caso in cui detto provvedimento sia stato disapplicato dal G.O. in quanto illegittimo - Controversie in materia - Giurisdizione del G.O. - Sussiste.

Rientra nella giurisdizione dell'A.G.O. una controversia avente ad oggetto la domanda avanzata dal destinatario di un provvedimento amministrativo favorevole, disapplicato dal G.O., in quanto illegittimo, tendente ad ottenere il risarcimento del danno derivante dalla lesione dell'affidamento ingenerato nell'interessato dal medesimo provvedimento. In tal caso, infatti, la parte che invoca la tutela risarcitoria non postula un esercizio illegittimo del potere, consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la colpa che connota un comportamento consistito, per contro, nell'emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronuncia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare. La possibilità di questa sola, autonoma tutela, porta ad escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non solo, ma anche quella generale di legittimità, stante la consistenza di diritto soggettivo della situazione fatta valere, con conseguente cognizione del G.O. (1).

(1) Commento di

OTTAVIO CARPARELLI

Danno da provvedimento amministrativo favorevole:
decide il G.O. o il G.A. ?

horizontal rule

La soluzione prospettata dal TAR Lombardia con la sentenza in commento, ripropone una nota questione, mai sopita.

Si tratta della sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo, ovvero del Giudice ordinario, in relazione alla domanda di risarcimento del danno, avanzata nei confronti della P.A. dal privato, derivante dalla lesione dell'affidamento ingenerato da un provvedimento amministrativo favorevole, successivamente rimasto privo di effetti, in ragione dell'annullamento del G.A., ovvero della disapplicazione del G.O. (come nel caso di specie), ovvero, infine, per annullamento in autotutela da parte della stessa Amministrazione.

La questione presenta aspetti problematici di un certo rilievo, in quanto, in ragione dell'orientamento espresso dal Collegio milanese con la decisione in commento, appare ampliarsi a dismisura l'ambito di operatività della giurisdizione ordinaria, in danno di quella amministrativa.

La sentenza che si annota, non appare, pertanto, del tutto condivisibile.

Nel caso deciso con la sentenza in commento, si era verificato che i proprietari di una villetta monofamiliare con annessa autorimessa, realizzate in forza di concessioni edilizie rilasciate in conformità con lo strumento urbanistico e con il regolamento edilizio vigenti al tempo del rilascio delle concessioni e della costruzione, erano stati convenuti in giudizio, innanzi al G.O., dai vicini, i quali lamentavano la violazione delle distanze legali tra costruzioni.

Con due sentenze il Tribunale Civile adito, dopo aver disapplicato il Regolamento edilizio del Comune interessato - nella parte in cui permetteva la realizzazione di costruzioni a distanza inferiore ai dieci metri previsti dal D.M. n. 1444/68 - condannava i suddetti proprietari, tra l'altro, a dar corso alla demolizione delle parti delle costruzioni realizzate ad una distanza inferiore a quella legale.

Gli interessati proponevano ricorso giurisdizionale innanzi al TAR Lombardia, Milano, chiedendo che il Comune fosse condannato al risarcimento dei danni da loro patiti in conseguenza dell'illegittima adozione di provvedimenti amministrativi - ancorché a loro favorevoli - quali il Regolamento edilizio e le concessioni edilizie rilasciate in conformità ad esso.

Il TAR ha declinato la giurisdizione, in favore del Giudice ordinario.

^^*

I limiti del ragionamento del Collegio meneghino consistono, ad avviso di chi scrive, nel fatto di ritenere, sostanzialmente, che la fattispecie sindacata sia completamente avulsa dall'esercizio del potere della P.A., con la conseguenza che non potrebbe trovare applicazione la disposizione normativa ex art. 7 c.p.a., secondo cui rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere pubblico.

In vero, il TAR di Milano, afferma, sostanzialmente, il principio secondo il quale l'azione risarcitoria possa essere proposta innanzi al G.A., unitamente all'azione di annullamento, ovvero in via autonoma, soltanto quando il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità dell'atto, per cui la domanda possa essere proposta solo dal soggetto titolare del potere di proporre l'azione di annullamento.

Tale avviso, se portato alle estreme conseguenze, avrebbe l'effetto di limitare notevolmente il principio, ormai acquisito e codificato, della piena autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento e limitare, sensibilmente, la legittimazione a proporre domande di risarcimento del danno nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

E ciò, a maggior ragione, se si considera che, nel caso esaminato dal TAR Lombardia, riguardante la materia dell'urbanistica e dell'edilizia, i ricorrenti avevano sollevato doglianze (causa petendi) attinenti alla asserita violazione da parte della P.A. comunale, di norme di azione del procedimento amministrativo tendente al rilascio del permesso di costruire, che regolano, appunto, l'esercizio del potere, e non già alla violazione di principi generali di comportamento.

Più nello specifico, hanno sollevato doglianze in relazione ad un rapporto sostanziale - dedotto e controverso in giudizio - caratterizzato da una asimmetria sintetizzabile nella formula potere autoritativo-soggezione (con adeguata corrispondenza in una norma di legge fondativa del potere esercitato).

Non può revocarsi in dubbio, infatti, che, nella vicenda in questione, viene in rilievo proprio un esercizio illegittimo, ancorché oramai non più dinamico, del potere amministrativo.

È, infatti, il provvedimento amministrativo, frutto dell'esercizio del potere, che ha ingenerato il legittimo affidamento nel privato, ed è la privazione degli effetti di tale provvedimento, conseguente alla disapplicazione disposta dal G.O., ad aver determinato la fattispecie asseritamente dannosa.

Ebbene, se, da un lato, è vero che, in fattispecie simili a quella decisa dal TAR Lombardia, il danno non deriva dalla contestazione da parte del privato della legittimità del provvedimento, bensì dall'affidamento che ne ha tratto, dall'altro, è altrettanto vero che tale danno è comunque conseguenza di questo.

Discende che, non appare eccessivo affermare che il danno cagionato da un provvedimento amministrativo favorevole, i cui effetti siano stati formalmente rimossi, in disparte la relativa ragione (annullamento del G.A., disapplicazione del G.O., annullamento in autotutela), è un danno che deriva direttamente dalla espressione di un potere autoritativo da parte della P.A.

^^*

Tanto premesso, la questione controversa, in vero, è, effettivamente, quella della individuazione della natura della posizione giuridica soggettiva lesa del cattivo esercizio del potere pubblico da parte della P.A.: si ritiene, infatti, che è proprio alla stregua di tale posizione, che va individuato il Giudice effettivamente fornito di giurisdizione.

Al riguardo, va subito segnalato che, di recente, il Consiglio di Stato, con sentenza 17 gennaio 2014 n. 183, in Lexitalia.it n. 1/2014, nell'affermare, che

"Non può essere accolta la domanda, avanzata nei confronti di un Comune dal titolare di un permesso di costruire, di risarcimento del danno asseritamente subito in conseguenza del fatto che il titolo edilizio è stato annullato in s.g., in quanto illegittimamente rilasciato. In tal caso, infatti, se, da un lato, è vero che l'Amministrazione ha posto in essere una condotta non autorizzata, dall'altro, tuttavia, non può positivamente apprezzarsi la lesione dell'interesse legittimo della parte asseritamente danneggiata, non spettandogli, sin dall'origine, l'ottenimento del bene della vita sotteso al medesimo interesse legittimo; tanto che l'Amministrazione, qualora avesse posto in essere una condotta jure, avrebbe dovuto respingere l'istanza di rilascio del permesso di costruire",

ha, sostanzialmente, ritenuto che la posizione giuridica della parte era, nel caso sindacato, di interesse legittimo, e che, quindi, la giurisdizione in merito a tali tipi di controversie è quella del G.A.

E ciò sul rilievo che, in tali fattispecie, la lesione dell'interesse legittimo sarebbe stata determinata non già da uno specifico provvedimento, bensì da un cattivo e/o illegittimo esercizio del potere pubblico, per tale ragione posto nel nulla in s.g. ovvero annullato in autotutela.

Con la ulteriore conseguenza che, in ragione del principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria di cui all'art. 30 c.p.a., è esperibile l'azione di risarcimento del danno, conseguente alla lesione di un interesse legittimo, anche in presenza di un atto amministrativo favorevole (nella specie, si trattava, come sopra detto, di una concessione edilizia).

^^*

Ad avviso di un diverso orientamento giurisprudenziale, condiviso dalla sentenza in rassegna, tuttavia, la posizione del privato sarebbe di diritto soggettivo.

In particolare, secondo Cass. Civ., Sez. U, ordinanza n. 6595 del 23/03/2011 (in CED Cass. Rv. 616520):

"La controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla P.A. (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta da un privato per valutare la convenienza d'acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, non ravvisandosi un atto o provvedimento amministrativo della cui illegittimità il privato possa dolersi impugnandolo davanti al giudice amministrativo, con le conseguenziali statuizioni risarcitorie, e, quindi, non sollecitando tale situazione di fatto alcuna esigenza di tutela contro l'esercizio illegittimo di un pubblico potere consumato nei confronti del privato, né richiedendo questi un accertamento, da parte del giudice amministrativo, della illegittimità del comportamento tenuto dalla P.A., che egli invece può solo

subire e ha interesse a contrastare nel giudizio di annullamento da altri provocato.

Più nel dettaglio, in tali fattispecie, verrebbe in rilievo un diritto soggettivo al legittimo affidamento, ovvero un diritto alla libera determinazione nello svolgimento delle attività, negoziali o materiali, relative al patrimonio.

Segnatamente, il TAR Lombardia, in armonia con l'orientamento della Suprema Corte, ha affermato che:

..."Una volta intervenuto legittimamente l'annullamento della concessione edilizia può dunque rilevare esclusivamente una diversa situazione, sulla quale fondare il risarcimento del danno.

Il titolare dello ius aedificandi, una volta che sia stata definitivamente accertata la illegittimità della concessione, si trova privato dello ius aedificandi, senza che sussista un qualche altro provvedimento amministrativo contro il quale possa insorgere.

Si ha soltanto che il provvedimento che aveva concesso il diritto ad edificare e che, perché illegittimo, legittimamente è stato posto nel nulla ovvero nella specie disapplicato e che non rileva, quindi, più come provvedimento che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto, continua a rilevare per il proprietario del fondo o il titolare di altro diritto, che lo abilita a costruire sul fondo, esclusivamente quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica: tale atto con la sua apparente legittimità ha ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento (avendo questo il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di poter procedere alla edificazione del fondo.

In mancanza di un atto impugnabile il proprietario o il titolare di altro diritto che lo abilita a costruire sul fondo hanno perciò la esclusiva possibilità di invocare un'unica tutela, che non essendo collegata alla impugnabilità di un atto, non può essere attratta nell'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva, atteso che l'autonoma tutela risarcitoria non costituisce una ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva: con la domanda di risarcimento fondata sull'affidamento viene in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento, il cui contenuto non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile; anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta, infatti, a rispettare nell'esercizio dell'attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza.

La parte che invoca la tutela risarcitoria non postula dunque un esercizio illegittimo del potere, consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la colpa che connota un comportamento consistito per contro nell'emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronuncia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare.

La possibilità di questa sola, autonoma tutela porta ad escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non solo, ma anche quella generale di legittimità, stante la consistenza di diritto soggettivo della situazione, nel caso di specie, fatta valere.

Si tratta, all'evidenza, secondo la sentenza in rassegna, di un diritto all'integrità del patrimonio leso dalla complessiva azione della P.A.; con la conseguenza che la domanda risarcitoria, in questo caso, è l'unico strumento di tutela della lesione di questo diritto soggettivo.

^^*

Da quanto testé evidenziato, può dedursi che la giurisdizione amministrativa può ritenersi sussistente nelle materie di giurisdizione esclusiva. Soltanto in questi casi, infatti, è possibile esperire un'azione risarcitoria per la lesione della posizione giuridica di diritto soggettivo.

Appare questa la soluzione più coerente con le vigenti disposizioni processuali.

Effettivamente, non è agevole riscontrare nella controversia esaminata dal TAR di Milano un interesse legittimo che si scontri direttamente con l'esercizio del potere.

Piuttosto, l'illegittimità dell'agire della P.A., soltanto «mediamente» è riferibile all'esercizio del potere.

Discende, conclusivamente, che, caso per caso, al fine di individuare il giudice fornito di giurisdizione su una controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo favorevole, appare necessario acclarare, preventivamente, se la medesima controversia rientri o meno fra le materie di cui all'art. 133 c.p.a.

Al riguardo, va segnalato, da ultimo, che la Suprema Corte, Sez. I, con sentenza n. 24438 del 21/11/2011 (Rv. 620472), ha affermato:

L'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto, divenuto inefficace e "tamquam non esset" per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, espone la P.A. al risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario; tale responsabilità non è qualificabile né come aquiliana, né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contatto" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, ed ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza, avendo l'Amministrazione indetto la gara e dato esecuzione ad un'aggiudicazione apparentemente legittima che ha provocato la lesione dell'interesse del privato, non qualificabile come interesse legittimo, ma assimilabile a un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento incolpevole nella regolarità e legittimità dell'aggiudicazione.

Estremi di pubblicazione: http://www.lexitalia.it/p/14/tarlombardiami_2014-07-11.htm

Legislazione: _



* Inizio pagina