

RESPONSABILITA' DELLA P.A.: Perdita incentivi per la realizzazione di impianti fotovoltaici - Responsabilità della p.a. - Conclusione del procedimento - Termine - Inosservanza - Natura - Danno da ritardo - Sopravvenienza normativa - Danno liquidabile – Individuazione.

Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2021, n. 7

- in *Guida al Diritto*, 19, 2021, pag. 37;

- in *Il Foro Amministrativo*, 4, 2021, pag. 590.

- in *Il Foro Amministrativo*, 5, 2021, pag. 418 e ss, con nota a cura di Tania Linardi, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione per danno derivante da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento; sui criteri di liquidazione del danno e sulla rilevanza del ius superveniens ai fini dell'accertamento del pregiudizio risarcibile;*

- in *Riv. giur. dell'edilizia*, 3, 2021, pag. 837 e ss.;

in *Dir. process. amm.*, 1, 2022, pag. 143 e ss., con commento di Michele Trimarchi, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*

“[...] - a) la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimentale sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. –da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento- i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ.; - b) con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza le disposizioni sui relativi benefici, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati; - c) con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è

riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi; d) in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione [...]”.

FATTO

1. Con la sentenza non definitiva indicata in epigrafe il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ha deferito a questa Adunanza plenaria alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per la ritardata conclusione del procedimento amministrativo, sulle quali ha ravvisato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., orientamenti contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

2. Le questioni deferite sono sorte in un contenzioso (articolato in quattro ricorsi) promosso dalla Iris Impianti Energia Rinnovabile Siracusa s.r.l. per la condanna della Regione siciliana al risarcimento dei danni subiti a causa del ritardo con cui l'amministrazione regionale ha autorizzato, con decreti di data 18 febbraio 2013, la realizzazione e gestione di tre impianti fotovoltaici nel Comune di Siracusa, sui quattro domandati dalla medesima ricorrente, ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (*Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*), con istanze presentate all'amministrazione tra il giugno del 2009 e il luglio del 2010.

3. Il risarcimento è chiesto in ragione del fatto che a causa del ritardo nel rilascio delle autorizzazioni – per le quali la ricorrente aveva dapprima agito ex art. 117 cod. proc. amm. contro il silenzio serbato dall'amministrazione e quindi in ottemperanza – l'investimento a suo dire sarebbe divenuto antieconomico. Ciò per effetto del divieto di accesso al regime tariffario incentivante ai sensi dell'(ora abrogato) art. 7 d.lgs. n. 387 del 2003 connesso alla produzione di energia da fonti rinnovabili (solare), introdotto, per gli impianti fotovoltaici realizzati con moduli collocati a terra su fondi agricoli, dall'art. 65 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

4. Con una prima questione deferita il Consiglio di giustizia amministrativa chiede di stabilire se la sopravvenienza normativa da ultimo menzionata interrompa il nesso causale tra l'inerzia dell'amministrazione nel definire i procedimenti autorizzativi originati dalle istanze della società ricorrente e il danno da quest'ultima lamentato a titolo di lucro cessante (o alternativamente quale *chance* di guadagno), consistente nel venir meno dei margini economici realizzabili con il regime incentivante. Le ulteriori questioni deferite riguardano la misura del danno risarcibile in conseguenza del ritardo, le quali vengono dal giudice rimettente poste in dipendenza con quella relativa alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione, se cioè essa abbia natura contrattuale o da fatto illecito.

DIRITTO

1. Le questioni ex art. 99 cod. proc. amm. su cui l'Adunanza plenaria è chiamata a pronunciarsi concernono la responsabilità dell'amministrazione pubblica per il ritardo nella conclusione del procedimento originato da un'istanza autorizzativa. Con riguardo ad esse il giudice rimettente ha già ritenuto – con efficacia di giudicato interno – che sussistano «*numerosi elementi della fattispecie*», di seguito riportati:

a) la condotta dell'Amministrazione posta in essere in violazione della regola di conclusione del procedimento amministrativo nella tempistica prescritta;

b) la fondatezza della pretesa concernente il bene della vita (come testimoniato dalla adozione, seppur in ritardo, dei provvedimenti autorizzatori);

c) la sopravvenienza normativa ostativa all'ottenimento degli incentivi, che Iris avrebbe ottenuto se l'Amministrazione avesse provveduto per tempo;

d) la colpa dell'Amministrazione (nessuna esimente è stata da quest'ultima prospettata per giustificare il proprio non modesto ritardo nel provvedere)».

2. Il Consiglio di giustizia amministrativa ravvisa invece «*ragioni di incertezza in relazione all'applicazione del requisito del nesso di causalità e alla misura e ampiezza del danno da risarcire, che dipendono dalla qualificazione della responsabilità dell'Amministrazione, e dalla conseguente applicabilità del canone della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c., e dalla nozione di danno quale conseguenza immediata e diretta della condotta*». Con specifico riguardo alla qualificazione della responsabilità della pubblica amministrazione, per il giudice rimettente sarebbero maturi i tempi per una «*revisione critica del regime consolidato di scrutinio della responsabilità dell'Amministrazione in una duplice direzione, assimilazione della responsabilità dell'Amministrazione alla responsabilità contrattuale e apprezzamento del ruolo del rapporto di diritto pubblico sotteso alla nascita dell'obbligazione risarcitoria*».

3. In ordine a tale ultima questione, che va esaminata prioritariamente in ordine logico, l'Adunanza plenaria ritiene che la responsabilità in cui incorre l'amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche sia inquadrabile nella responsabilità da fatto illecito, sia pure con gli inevitabili adattamenti richiesti dalla sua collocazione ordinamentale nei rapporti intersoggettivi, quale risultante dall'evoluzione storico-istituzionale e di diritto positivo che la ha caratterizzata.

4. La responsabilità da inadempimento si fonda, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., sul non esatto adempimento della «prestazione» cui il debitore è obbligato in base al contratto.

Un vincolo obbligatorio di analoga portata non può essere configurato per la pubblica amministrazione che agisca nell'esercizio delle sue funzioni amministrative e quindi nel perseguimento dell'interesse pubblico definito dalla norma attributiva, che fonda la causa giuridica del potere autoritativo. Sebbene a quest'ultimo si contrapponga l'interesse legittimo del privato, la relazione giuridica che si instaura tra il privato e l'amministrazione è caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, l'interesse legittimo del privato e il potere dell'amministrazione nell'esercizio della sua funzione. In questo caso quindi è configurabile non già un obbligo giuridico in capo all'amministrazione –rapportabile a quello che caratterizza le relazioni giuridiche regolate dal diritto privato- bensì un potere attribuito dalla legge, che va esercitato in conformità alla stessa e ai canoni di corretto uso del potere individuati dalla giurisprudenza. Né la fattispecie in esame può essere ricondotta alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di “contatto sociale”, in quanto, a tacer d'altro, oltre a quanto osservato sulla natura del “rapporto amministrativo”, la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di “supremazia”, cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul “contatto sociale” che si fondano sulla relazione paritaria.

5. Nel descritto paradigma dei rapporti giuridici interessati dal pubblico potere, lo strumento di tutela elettivo e di carattere generale per l'interesse legittimo è quello dell'azione costitutiva di annullamento dell'atto amministrativo, risalente alla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (legge 31 marzo 1889, n. 5992) e del sistema nazionale di giustizia amministrativa, in coerenza con il carattere spiccatamente rimediabile della tutela offerta dal Consiglio di Stato e in continuità, oltre che –sotto tale profilo- con il sistema del contenzioso amministrativo, soprattutto con la giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato formatasi in sede di pareri sui ricorsi straordinari al re.

Nondimeno, nel corso del tempo, la giurisprudenza ha disancorato l'interesse legittimo dalla sua originaria concezione di interesse occasionalmente protetto e, anche in considerazione del quadro normativo, ne ha rilevato la dimensione “sostanzialista”, quale interesse correlato ad un “bene della

vita” coinvolto nell’esercizio della funzione pubblica, e comunque a una situazione soggettiva sostanziale facente parte della sfera giuridica di cui il soggetto è titolare.

In relazione alla sua sfera giuridica, al privato sono innanzitutto riconosciuti strumenti di tutela procedimentale finalizzati ad orientare la discrezionalità dell’amministrazione (secondo la disciplina di carattere generale oggi contenuta nella legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241). Sono poi riconosciute forme variegate di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive originate dall’esercizio del potere amministrativo, modellate sul “bisogno di tutela” -al fine di rendere effettiva la protezione, nei confronti del potere pubblico, della cognizione sui diritti e gli interessi devoluta alla giurisdizione amministrativa (art. 1, cod. proc. amm.)- e coerenti con una evoluzione dei rapporti tra privato e amministrazione in cui accanto alla funzione amministrativa di stampo tradizionale si affermano i servizi al pubblico, secondo un modello di amministrazione pubblica “di prestazione”.

6. Tra le forme di tutela ulteriori rispetto a quella di annullamento, già prima della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, ha assunto un ruolo di rilievo la tutela risarcitoria, ammessa anche nei confronti del potere pubblico, originariamente sulla base di normative di carattere settoriale -e segnatamente nelle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142); in materia edilizia, per il danno da ritardato rilascio del titolo a costruire (art. 4 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 398, convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 493, come successivamente modificato)- poi seguite dalle disposizioni a carattere generale contenute dapprima nel decreto legislativo n. 80 del 1998 (*in parte qua* non dichiarate incostituzionali) e nella legge n. 205 del 2000, e poi nel codice del processo amministrativo.

Come è stato evidenziato dalla Corte costituzionale con l’ordinanza n.165 del 1998, più in generale, con l’art. 35, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, è stata introdotta la regola per cui, nelle materie dell’urbanistica, dell’edilizia e dei servizi pubblici -in cui ha giurisdizione esclusiva- il giudice amministrativo «*dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto*».

L’articolo 7, comma 4, della legge n. 205 del 2000 ha poi previsto la risarcibilità del danno in ogni caso di lesione arrecata all’interesse legittimo.

7. Sulla base di tale quadro normativo, è stato dunque introdotto nel diritto pubblico un sistema in cui è devoluto al giudice amministrativo il potere di condanna dell’amministrazione al risarcimento del danno da illegittimo esercizio del potere pubblico, in una logica eminentemente “rimediale”, e cioè come «*strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*» (Corte

costituzionale, sentenza 26 luglio 2004, n. 204; § 3.4.1), in quanto tale attribuito al «*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*» (Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191; § 4.3).

8. L'assetto ora descritto ha trovato una definitiva sistemazione con il codice del processo amministrativo. La «*tutela piena ed effettiva*» da esso delineata (art. 1, sopra citato) si attua con la concentrazione presso il giudice amministrativo di «*ogni forma di tutela degli interessi legittimi*» (art. 7, comma 7), e la devoluzione ad esso delle controversie «*relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*» (art. 7, comma 4). E' quindi riconosciuta la possibilità di domandare «*la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*» (art. 30, comma 2). Tanto nell'un caso («*risarcimento per lesione di interessi legittimi*» o «*risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi*»: art. 30, commi 3 e 6), quanto nell'altro («*risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente compri di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*»: art. 30, comma 4), entro termini significativamente previsti dal legislatore a pena di decadenza, giustificati sul piano costituzionale da esigenze di «*certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria*» (Corte costituzionale, sentenza 4 maggio 2017, n. 94; § 6.1).

9. Il paradigma cui è improntato il sistema della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o per il mancato esercizio di quella doverosa, devoluto alla giurisdizione amministrativa, è quello della responsabilità da fatto illecito. Anche in un'organizzazione dei pubblici poteri improntata al buon andamento, in cui si afferma il modello dell'amministrazione «di prestazione», quest'ultima mantiene rispetto al privato la posizione di supremazia necessaria a perseguire «*i fini determinati dalla legge*» (art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990), con atti di carattere autoritativo in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato. Nel rapporto amministrativo contraddistinto dalla ora descritta asimmetria delle posizioni si manifesta ad un tempo l'essenza dell'ordinamento giuridico di diritto amministrativo e allo stesso tempo si creano le condizioni perché la pubblica amministrazione –per ragioni storiche, sistematiche e normative- non possa essere assimilata al «debitore» obbligato per contratto ad «adempire» in modo esatto nei confronti del privato.

Nel descritto quadro l'esercizio della funzione pubblica, manifestatosi tanto con l'emanazione di atti illegittimi quanto con un'inerzia colpevole, può quindi essere fonte di responsabilità sulla base del principio generale *neminem laedere*: con la normativa sopra richiamata il legislatore ha

progressivamente esteso ai casi di illegittimo esercizio del potere pubblico la tutela risarcitoria disciplinata dall'art. 2043 del codice civile -in cui è affermato un principio generale dell'ordinamento- secondo cui «(q)ualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

10. Elemento centrale nella fattispecie di responsabilità ora richiamato è quindi l'ingiustizia del danno, da dimostrare in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui, come esattamente sottolinea il giudice rimettente, la valutazione sull'ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale. Declinata nel settore relativo al «risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi», di cui al sopra citato art. 7, comma 4, cod. proc. amm., il requisito dell'ingiustizia del danno implica che il risarcimento potrà essere riconosciuto se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Infatti, diversamente da quanto avviene nel settore della responsabilità contrattuale, il cui aspetto programmatico è costituito dal *rapporto giuridico* regolato bilateralmente dalle parti mediante l'incontro delle loro volontà concretizzato con la stipula del *contratto-fatto storico*, il rapporto amministrativo si caratterizza per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale e in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, a ingenerare la responsabilità aquiliana dell'amministrazione.

11. Depongono, infine, nel senso della riconducibilità del danno per lesione di interessi legittimi al modello della responsabilità per fatto illecito, anche indici normativi di univoca portata testuale.

In particolare, i sopra citati commi 2 e 4 dell'art. 30 cod. proc. amm., rispettivamente fanno riferimento al «danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria», e al «danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». Con specifico riguardo alle «(c)onsequenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento», l'art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241 del 1990 prevede, quindi, che i soggetti pubblici e privati tenuti ad agire secondo le regole del procedimento amministrativo «sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

12. L'ingiustizia del danno che fonda la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi si correla alla sopra menzionata dimensione sostanzialistica di questi ultimi, per cui solo se dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica sia derivata per il privato una lesione della sua sfera giuridica quest'ultimo può fondatamente domandare il risarcimento per equivalente

monetario. Secondo un orientamento risalente di questa Adunanza plenaria, mai posto in discussione, il risarcimento è quindi escluso quando l'interesse legittimo riceva tutela idonea con l'accoglimento dell'azione di annullamento, ma quest'ultimo sia determinato da una illegittimità, solitamente di carattere formale, da cui non derivi un accertamento di fondatezza della pretesa del privato ma un vincolo per l'amministrazione a rideterminarsi, senza esaurimento della discrezionalità ad essa spettante (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 3 dicembre 2008, n. 13; §§ 3.3 - 3.5). Nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo il requisito dell'ingiustizia esige dunque la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza.

13. L'ingiustizia del danno così declinata non è tuttavia il solo presupposto della responsabilità ex art. 2-*bis* l. n. 241 del 1990.

Quest'ultima disposizione va letta in combinato con l'art. 2 della medesima legge, che disciplina in termini generali la «(c)onclusione del procedimento».

La disposizione ora richiamata - oltre ad enunciare il dovere di concludere il procedimento con provvedimento espresso (comma 1), la cui violazione sostanzia nei rapporti intersoggettivi l'antigiuridicità della condotta dell'amministrazione (mentre le conseguenze e le responsabilità interne sono regolate nel comma 9); a modulare variamente i termini, le relative decorrenze e le ipotesi di sospensione (commi 2 - 7); e a regolare le conseguenze per alcune categorie di atti (comma 8-*bis*) - prevede uno strumento di cooperazione con il privato istante, finalizzato a superare l'inerzia dell'amministrazione, incentrato sul potere di avocazione dell'affare (commi 9-*bis* - 9-*quinquies*).

L'istituto ha un ruolo centrale nella fattispecie di responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo. La sua attivazione da parte del privato è infatti indice di serietà ed effettività dell'interesse legittimo di quest'ultimo al provvedimento espresso. All'opposto, in assenza di ulteriori iniziative del richiedente, potrebbe presumersi, salve diverse considerazioni che spieghino tale inerzia, che l'ulteriore decorso del tempo sia sostanzialmente indifferente per il privato, nell'ambito delle proprie autonome determinazioni. In tale prospettiva, il mancato utilizzo dello strumento può concorrere a costituire comportamento valutabile ai sensi dell'art. 30, comma 3, cod. proc. amm. al fine di escludere «*il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*». Ciò secondo i principi affermati da questa Adunanza plenaria nella sentenza 23 marzo 2011, n. 3, propri di un ordinamento giuridico che, nell'assoggettare la funzione amministrativa al diritto, e dunque assicurare il primato

della legge, riconosce al privato - come sopra esposto - un novero di mezzi a tutela dei propri interessi più ampio di quelli utilizzabili nei rapporti di diritto civile, ed in cui l'azione risarcitoria è solo uno dei rimedi a disposizione.

14. Allo strumento procedimentale ora esaminato si aggiungono quelli di ordine processuale, tra cui l'azione contro il silenzio (artt. 31 e 117 cod. proc. amm.) e quella di ottemperanza (art. 112 e ss. cod. proc. amm.), la cui proposizione di per sé evidenzia all'amministrazione che l'ulteriore ritardo nella conclusione del procedimento può comportare un pregiudizio economico.

Queste azioni sono state nel caso di specie esperite dalla società ricorrente, e sulla base di tale circostanza il Consiglio di giustizia amministrativa ha accertato con efficacia di giudicato interno la colpa dell'amministrazione, oltre alla fondatezza per altro verso della pretesa della Iris Impianti Energia Rinnovabile Siracusa a realizzare e gestire tre dei quattro impianti fotovoltaici per i quali aveva chiesto alla Regione siciliana l'autorizzazione ai sensi del sopra citato art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003.

Sul piano generale va in ogni caso precisato, in chiave nomofilattica, che la mancata sollecitazione del potere di avocazione previsto dall'art. 2, commi 9-*bis* e seguenti, l. n. 241 del 1990 –così come la mancata proposizione di ricorsi giurisdizionali- non ha rilievo come presupposto processuale dell'azione risarcitoria ex art. 2-*bis* della medesima legge, la quale, al pari dell'azione risarcitoria per illegittimità provvedimento, è ormai svincolata da ogni forma di pregiudiziale amministrativa. La condotta attiva del privato può invece assumere rilievo come fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 3, secondo periodo, cod. proc. amm., laddove si accerti «*che le condotte attive trascurate (...) avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno*» (così la sentenza dell'Adunanza plenaria 23 marzo 2011, n. 3, da ultimo richiamata: § 7.2.2). In altri termini, la mancata attivazione dei rimedi procedimentali e processuali, al pari delle ragioni che sorreggano il mancato esperimento degli stessi, non è idonea in sé a precludere la pretesa risarcitoria, ma costituisce un elemento di valutazione che può concorrere, con altri, alla definizione della responsabilità.

15. La necessità che nell'esame della domanda di risarcimento dei danni da illegittimo o mancato esercizio della funzione pubblica sia in ogni caso valutata la condotta del privato costituisce un profilo di peculiarità della responsabilità dell'amministrazione rispetto al modello di riferimento costituito dalla fattispecie generale dell'illecito civile prevista dall'art. 2043 del codice civile, in considerazione della complessa evoluzione che nel tempo, a partire dalla teorica del procedimento amministrativo, hanno subito i rapporti tra amministrazione e privato in termini di partecipazione

per quest'ultimo e di attenuazione della posizione di supremazia dell'amministrazione nell'esercizio della funzione; con conseguenti oneri

Tuttavia l'onere di cooperazione in parola può essere ricondotto allo schema di carattere generale del «(c)oncorso del fatto colposo del creditore» previsto dall'art. 1227 del codice civile, richiamato dall'art. 2056 cod. civ. per la responsabilità da fatto illecito, e più precisamente nell'ipotesi del secondo comma (evocativo di un principio di causalità giuridica, a differenza del primo comma che disciplina il nesso di causalità materiale condotta-evento), per la quale il risarcimento «*non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*». Come ha precisato questa Adunanza plenaria nella più volte richiamata sentenza del 23 marzo 2011, n. 3, nell'ambito della struttura bipolare della responsabilità civile -come rilevato dalla stessa giurisprudenza civile- l'art. 1227, comma 2, cod. civ. rileva nella determinazione del danno, in combinato disposto con l'art. 1223, quale criterio (*rectius*: uno dei criteri) in base al quale selezionare le conseguenze risarcibili, dopo che si sia positivamente accertata la ingiusta lesione di un interesse giuridico meritevole di tutela in termini di conseguenza immediata e diretta della condotta (con la differenza che, nella responsabilità contrattuale, il requisito dell'ingiustizia risulta conseguenza *in re ipsa* dell'inadempimento, mentre costituisce co-elemento di struttura dell'illecito nella responsabilità aquiliana). Nel settore della responsabilità dell'amministrazione da illegittimo o mancato esercizio dei suoi poteri autoritativi il criterio in questione si declina nel senso che a carico del privato è posto un onere di ordinaria diligenza- come tale valutabile dal giudice- di attivarsi con ogni strumento procedimentale o processuale utile a salvaguardare il bene della vita correlato al suo interesse legittimo, in modo da delimitare in termini quantitativi, anche con riguardo a ciò, il perimetro del danno risarcibile. In modo parzialmente diverso da quanto si tende ad affermare nei rapporti regolati dal diritto civile, l'onere di cooperazione del privato nei confronti dell'esercizio della funzione pubblica assume quindi i connotati di un «*obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno)*», con la sola esclusione di «*attività straordinarie o gravose attività*», per cui «*non deve essere risarcito il danno che il creditore non avrebbe subito se avesse serbato il comportamento collaborativo cui è tenuto, secondo correttezza*» (così ancora l'Adunanza plenaria nella sentenza del 23 marzo 2011, n. 3, più volte richiamata; § 7.1).

16. Comuni all'illecito civile sono invece le questioni concernenti il danno-conseguenza, in cui non vengono in rilievo profili di carattere pubblicistico, ma si pone la questione di individuare e quantificare i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo, e dunque di imputare all'evento dannoso causalmente correlato al fatto illecito, sul piano della causalità materiale, i pregiudizi

patrimoniali da reintegrare per equivalente monetario, conseguenze “dirette e immediate” dell’evento sul piano della causalità giuridica, come si dirà a breve.

Il danno-conseguenza è disciplinato con carattere di generalità sia per la responsabilità da inadempimento contrattuale che da fatto illecito (in virtù del più volte richiamato art. 2056 cod. civ.) dagli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Solo per la responsabilità da inadempimento opera il limite previsto dall’art. 1225 cod. civ. della prevedibilità del danno, salvo il caso di dolo.

17. Una volta ricondotta la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi al principio del *neminem laedere* positivizzato nell’art. 2043 cod. civ., deve escludersi che, nella individuazione e quantificazione del danno, possa operare il limite rappresentato dalla sua prevedibilità.

Assume invece un ruolo centrale il sopra menzionato art. 1223 cod. civ., anch’esso richiamato dall’art. 2056 cod. civ., secondo cui il risarcimento del danno comprende la perdita subita dal creditore (danno emergente) e il mancato guadagno (lucro cessante) «*in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*». Nella sua parte descrittiva, la dicotomia danno emergente - lucro cessante esprime la funzione della responsabilità civile, anche nei rapporti di diritto pubblico, di rimedio previsto in funzione reintegratrice della sfera patrimoniale dell’individuo rispetto ad aggressioni esterne. Nondimeno alla funzione descritta della norma si aggiunge quella precettiva, per la quale, al pari del criterio dell’evitabilità previsto dall’art. 1227, comma 2, cod. civ., il criterio della consequenzialità immediata e diretta opera in funzione limitatrice delle conseguenze dannose risarcibili comprese nella serie causale originata dal fatto illecito. Sulla sua base si esclude il risarcimento di quei danni rispetto ai quali il fatto illecito non si pone in rapporto di necessità o regolarità causale, ma ne costituisce una semplice occasione non determinante del loro verificarsi.

18. Come chiarito da questa Adunanza plenaria nella più volte richiamata sentenza 23 marzo 2011, n. 3, i criteri in questione attengono alla c.d. causalità giuridica, da distinguere rispetto alla causalità c.d. materiale, sulla cui base imputare il fatto illecito all’evento dannoso. Attraverso quest’ultima, logicamente prioritaria rispetto alla prima, si pongono in correlazione accadimenti naturali e per essa si applicano pertanto i criteri di stampo penalistico enunciati dagli artt. 40 e 41 cod. pen.; la causalità giuridica attiene invece alla delimitazione delle conseguenze risarcibili, come poc’anzi accennato.

19. Ciò precisato, la questione deferita dal Consiglio di giustizia amministrativa si inquadra non già nella causalità materiale, posto che - come premesso in apice - il giudice rimettente ha già accertato con efficacia di giudicato interno che l’inosservanza da colposa da parte della Regione Siciliana dei termini del procedimento ex 12 d.lgs. n. 387 del 2003 ha impedito alla società ricorrente di ottenere

il bene della vita tutelato attraverso la previsione legislativa dei termini entro cui la funzione amministrativa deve esercitarsi, consistente nel tempestivo rilascio delle autorizzazioni ai sensi della disposizione di legge da ultimo richiamata. E' dunque incontrovertito nel caso di specie che il ritardo ha leso il bene "tempo", che ha dignità di interesse risarcibile ex art. 2-bis l. n. 241 del 1990, se e nella misura in cui, per effetto di tale lesione, si sia prodotto un «*danno ingiusto*». In questo senso è costantemente orientata la giurisprudenza amministrativa (da ultimo ribadita da: Cons. Stato, II, 21 dicembre 2020, n. 8199, 25 maggio 2020, n. 3318; III, 2 novembre 2020, n. 6755; IV, 8 marzo 2021, nn. 1921 e 1923, 1 dicembre 2020, n. 7622, 20 ottobre 2020, n. 6351, 22 luglio 2020, n. 4669; V, 2 aprile 2020, n. 2210; VI, 15 febbraio 2021, n. 1354, 26 marzo 2020, n. 2121). Deve al riguardo precisarsi che l'apparentemente contraria affermazione di questa Adunanza plenaria al § 42 della sentenza 4 maggio 2018, n. 5, consiste in realtà in un riferimento a tesi interpretative dell'art. 2-bis l. n. 241 del 1990 volte a riconoscere «*la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo*», come fattispecie di danno da comportamento e non da provvedimento; al successivo § 45 la stessa Adunanza plenaria ha comunque precisato che anche in questo caso è necessario che sia provato «*sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione*».

20. La questione controversa e rimessa dal Consiglio di giustizia amministrativa in sede nomofilattica, oggetto del primo quesito, attiene invece al rapporto di causalità giuridica tra evento lesivo e danno-conseguenza. La questione si sostanzia più precisamente nella possibilità di imputare alla Regione siciliana il mancato accesso al regime tariffario incentivante previsto per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, a causa del sopravvenuto divieto di cui all'art. 65 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Il dubbio del giudice rimettente sul punto si incentra in particolare sulla questione se la sopravvenienza normativa costituisca un fattore causale autonomo, in grado di interrompere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso al regime incentivante, o - espresso in altri termini - di configurare il ritardo dell'amministrazione come mera occasione rispetto al pregiudizio patrimoniale lamentato dalla società ricorrente, unitamente agli altri dalla stessa dedotti in giudizio.

21. La questione richiede di precisare innanzitutto che, nell'ambito della dicotomia danno emergente - lucro cessante posta dall'art. 1223 cod. civ., il mancato accesso al regime tariffario incentivante si colloca nel secondo concetto, come peraltro precisato dallo stesso giudice rimettente.

Ciò precisato, l'accertamento del nesso di consequenzialità immediata e diretta del danno con l'evento pone problemi di prova con riguardo al lucro cessante in misura maggiore rispetto al danno emergente. A differenza del secondo, consistente in un decremento patrimoniale avvenuto, il primo, quale possibile incremento patrimoniale, ha di per sé una natura ipotetica. La valutazione causale ex art. 1223 cod. civ. assume pertanto la fisionomia di un giudizio di verosimiglianza (*rectius*: di probabilità), in cui occorre stabilire se il guadagno futuro e solo prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità se non fosse intervenuto il fatto ingiusto altrui. Non a caso in questo ambito è sorta la tematica della risarcibilità della *chance*, considerata ormai, sia dalla giurisprudenza civile sia dalla giurisprudenza amministrativa, una posizione giuridica autonomamente tutelabile -morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole (e in ciò distinta dall'elemento causale dell'illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa)- purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata e nella quale può quindi essere ricondotta la pretesa risarcitoria connessa al regime tariffario incentivante di cui la società ricorrente chiede il ristoro per equivalente.

Tali considerazioni appaiono particolarmente pertinenti nel presente giudizio –e in quelli similari- in cui l'utilità conseguibile con l'originaria istanza di autorizzazione deriva non soltanto dal concreto auspicato svolgimento dell'attività conseguente all'autorizzazione, ma anche e soprattutto dai benefici conseguenti a una diversa e ulteriore previsione normativa, la cui applicazione è devoluta a una diversa amministrazione, competente a verificare la spettanza dei benefici nell'ambito di un diverso procedimento.

In ragione di ciò il giudice rimettente dovrà valutare ogni elemento rilevante nella presente fattispecie, tra cui il fatto che, rispetto al procedimento di autorizzazione a costruire e gestire impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, l'accesso alle agevolazioni tariffarie è oggetto di un procedimento amministrativo ulteriore, regolato dai vari "conti energia" in ipotesi applicabili, onde la necessità di svolgere una prognosi sul possibile esito di quest'ultimo.

22. Posta questa premessa, con specifico riguardo alla responsabilità aquiliana da fatto illecito, vi è una disposizione specifica in tema di danno-conseguenza che rimette all'«*equo apprezzamento delle circostanze del caso*» la relativa valutazione (art. 2056, comma 2, cod. civ.). La liquidazione equitativa assume una centrale rilevanza, sul piano tecnico, in tema di quantificazione di danni che si proiettano nel futuro e che non sono determinabili con la certezza propria di quelli verificabili sul piano storico, come invece nel caso del danno emergente. Il che implica, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, che non può ritenersi che il danno da lucro cessante, sul piano giuridico,

possa equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione. E ciò perché l'attività non è stata svolta, il correlato procedimento inerente alla sussistenza dei requisiti non ha avuto seguito, e, più in generale, non può darsi per verificato un evento -l'avvio e lo svolgimento per tutta la durata prevista dell'attività di impresa in regime di incentivo- che non si è verificato e che potrebbe essere stato soggetto a qualsiasi sopravvenienza anche di fatto nel corso dell'attività di impresa.

23. In questo ambito, fermo l'onere di allegazione e prova del danneggiato (artt. 63, comma 1, e 64, comma 1, cod. proc. amm.), anche mediante presunzioni, e l'eventuale espletamento di una consulenza tecnica di ufficio –nel caso in esame già disposta dal giudice remittente- sulla questione propriamente giuridica del rilievo causale attribuibile alla sopravvenienza normativa deve ribadirsi che essa opera nella fattispecie controversa non già come fatto imprevedibile ex art. 1225 cod. civ. - rilevante se la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione da interessi legittimi fosse inquadrabile nella responsabilità contrattuale, *quod non* come in precedenza chiarito – ma, in ipotesi, come fattore causale autonomo ed in grado di escludere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso al regime tariffario incentivante.

Occorre in altri termini valutare come operi la sopravvenienza normativa nella sequenza causale produttiva del danno, sul piano –di cui si discorre- della consequenzialità “immediata e diretta”.

24. Sul punto l'Adunanza plenaria, ritiene che, con riferimento al periodo di tempo anteriore alla modifica normativa che ha soppresso gli incentivi, non sia revocabile in dubbio che sussista un rapporto di consequenzialità che consente di imputare al ritardo della Regione siciliana il pregiudizio patrimoniale subito dalla società ricorrente a causa del mancato accesso agli incentivi tariffari. La regolarità causale che lega i due eventi –ritardo dell'amministrazione nel provvedere e perdita degli incentivi- non può infatti ritenersi recisa dalla sopravvenienza normativa, per la decisiva considerazione che è stato proprio il ritardo a rendere la sopravvenienza rilevante, come fatto impeditivo per l'accesso agli incentivi tariffari altrimenti ottenibili. Lungi dal porsi come mera “occasione” del pregiudizio, il ritardo ne è stata dunque la causa. Con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre invece stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio sarebbe riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi

all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi.

25. L'imputabilità del danno all'amministrazione regionale –nei termini enunciati al par. 24- è coerente con le funzioni della responsabilità civile ulteriori rispetto a quella tipica di reintegrazione della sfera giuridica patrimoniale contro ingiuste lesioni causate da terzi e cioè:

- la funzione dissuasiva, di matrice soggettiva e di più antica concezione, che, in coerenza con il precetto fondamentale del *neminem laedere* e il fondamento etico e di convivenza civile del rimedio risarcitorio, milita nel senso di addossare all'autore di condotte colpose ingiustamente lesive di altrui interessi patrimoniali le relative conseguenze;

- la più moderna funzione di equa ripartizione dei rischi connessi ad attività lecite ma potenzialmente pregiudizievoli per i terzi (su cui pertinenti considerazioni sono svolte dal giudice rimettente alle teorie dell'aumento del rischio e dello scopo della norma violata), che invece giustifica sul piano oggettivo che le conseguenze economiche sfavorevoli per questi ultimi siano comunque accollate alle medesime attività, quale poste passive ad essa inerenti, secondo il principio *cuius commoda eius et incommoda*.

Nel caso di specie, l'applicazione del criterio della consequenzialità immediata e diretta enunciato dall'art. 1223 cod. civ. secondo le funzioni ora espresse risulta inoltre coerente con gli obiettivi avuti di mira dal legislatore con la previsione di termini massimi ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990; per cui, se è vero che, nella dinamica dei rapporti giuridici, la sopravvenienza normativa è in sé un *factum principis*, in grado pertanto di escludere l'imputazione soggettiva delle relative conseguenze pregiudizievoli, nondimeno l'ingiustificato ritardo nel rilascio del provvedimento ingenera –alle condizioni sopra delineate- una responsabilità in capo all'amministrazione coerente con la funzione dei termini del procedimento, consistente nel definire un quadro certo relativo ai tempi in cui il potere pubblico deve essere esercitato e dunque è ragionevole per il privato prevedere che sia esercitato. Nel settore della realizzazione degli impianti in questione, poi, a tali considerazioni di ordine generale si aggiunga che il regime incentivante connesso al ricorso a fonti rinnovabili di produzione energetica fa assurgere l'investimento privato a fattore chiave, destinato a ricevere tutela secondo le descritte norme di azione dei pubblici poteri principalmente attraverso la definizione di tempi certi per il rilascio dei necessari titoli autorizzativi. Il corollario processuale del quadro normativo così tracciato è che in un sistema di tutela giurisdizionale effettivo, contraddistinto dalla pluralità di rimedi a disposizione del privato contro l'inerzia dell'amministrazione, quest'ultima sottostà sul piano risarcitorio alla mancata realizzazione degli investimenti nel settore quando questi siano causati dal suo comportamento

antigiuridico. In coerenza con la funzione dissuasiva e di equa ripartizione dei rischi tipica del rimedio risarcitorio, e delle regole operative sulla delimitazione dei pregiudizi risarcibili, sopra esaminate, il mutamento normativo, espressivo di un mutato indirizzo legislativo rispetto all'intervento economico pubblico in funzione agevolativa degli investimenti privati, deve pertanto essere considerato un rischio imputabile all'amministrazione quando la sopravvenienza normativa non avrebbe avuto rilievo se i tempi del procedimento autorizzativo fossero stati rispettati.

26. Sulla base di tutto quanto finora considerato possono quindi essere formulati i principi di diritto sulle questioni deferite ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. all'Adunanza plenaria dal Consiglio di giustizia amministrativa, al quale la causa va restituita ai sensi della comma 4 della medesima disposizione:

- a) la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimentale sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. –da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento- i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ.;
- b) con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza le disposizioni sui relativi benefici, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati;
- c) con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi;

d) in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposto, afferma i principi di diritto di cui in motivazione e restituisce per il resto il giudizio al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021, tenuta con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 1, comma 17, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, convertito dalla legge 26 febbraio 2021, n. 21, con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Fabio Taormina, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

IL PRESIDENTE

Filippo Patroni Griffi

