

RESPONSABILITA' DELLA P.A.: Responsabilità civile - Responsabilità dell'Amministrazione per attività illegittima e asseritamente foriera di danno - Presupposti e condizioni per ammettere il ristoro del danno da perdita di *chance*.

Cons. Stato, Sez. VII, 26 aprile 2022, n. 3187

- in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2022, pag. 1556 e ss., con commento a cura di Claudio Contessa, *Danno da perdita di chance*.

"[...] nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, la prova dell'esistenza del medesimo interviene in base ad una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua "certezza", la quale presuppone:

- in primis, l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale della quale possa assumersi essere intervenuta una lesione; e laddove vi è esercizio di potere tale posizione sostanziale è l'interesse legittimo;

- in secondo luogo, l'esistenza di una lesione, che sussiste sia laddove questo possa essere a tutta evidenza e concretamente riscontrato, sia laddove vi sia "una rilevante probabilità del risultato utile" frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione.

Quanto a questo secondo aspetto, l'esame della sussistenza del danno da perdita di chance interviene:

- o attraverso la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori - o attraverso una articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza;

- ovvero ancora attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. "più probabile che non" (Cass. civ., n. 22022/2010), e cioè "alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali" [...]

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e dell'Ufficio Scolastico Regionale Emilia Romagna - Uff XIII Ambito Territoriale per la Provincia di Parma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2022 il Cons. Rosaria Maria Castorina e udito l'avvocato dello Stato Andrea Fedeli.

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Tanzi Elisabetta, Manotti Francesco e Guadagna Benedetta premettevano di avere impugnato gli atti con i quali si era proceduto all'assunzione, da parte della Scuola per l'Europa di Parma, di 6 unità di personale educativo per l'anno scolastico 2013/2014 e di averne ottenuto l'annullamento con sentenza n. 160/2015, la quale aveva accertato l'illegittimità della procedura di assunzione in violazione della regola del pubblico concorso come forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego.

A seguito dell'annullamento, con autonomo giudizio, avevano proposto domanda di risarcimento dei danni loro derivanti dalla illegittima assunzione di altri soggetti; in particolare lamentavano un danno all'immagine, in quanto, avendo svolto in passato presso la Scuola per l'Europa di Parma l'attività di collaboratori d'educazione, era stato notato dai genitori degli alunni l'allontanamento dai loro incarichi, un danno professionale per non potere incrementare il proprio *curriculum* anche ai fini di futuri incarichi presso la medesima Scuola per l'Europa e un danno patrimoniale, da ritenersi in *re ipsa*, pari alle retribuzioni non godute o, in subordine, un danno da perdita di *chance*, quantificato in via equitativa quanto meno in misura pari all'80% della retribuzione non percepita.

Il Tar rigettava il ricorso.

Appellata ritualmente la sentenza, resisteva il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

All'udienza del 15.3.2022 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello gli appellanti deducono la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione e/o falsa applicazione degli art. 24 e 113 Cost. – violazione dell'art. 1 c.p.a. - violazione del principio di pienezza ed effettività della tutela – violazione dell'art. 30, comma 3, c.p.a. – errata e/o illogica e/o irragionevole valutazione della condotta processuale delle parti - manifesta contraddittorietà – illogicità.

Lamentano l'erroneità della sentenza impugnata in quanto, sebbene l'amministrazione avesse impedito loro illegittimamente di partecipare a un regolare concorso pubblico, non avevano potuto in alcun modo beneficiare dell'intervenuto annullamento degli atti illegittimi in sede giurisdizionale non essendo, in tal modo, loro riconosciuta alcuna forma di tutela.

2. Con il secondo motivo deducono *error in iudicando* – eccesso di potere – arbitrarietà – falso supposto di fatto.

3. Con il terzo motivo lamentano falso presupposto di fatto – arbitrarietà – eccesso di potere – errata e/o arbitraria e/o non provata valutazione dei *curricula* e delle competenze degli odierni ricorrenti. Evidenziano che, anche accedendo al criterio del giudizio prognostico circa l'esito dell'ipotetico concorso, mai bandito dalla scuola per l'Europa di Parma, avrebbero avuto notevolissime probabilità e possibilità di collocarsi in posizione utile in graduatoria, tanto più, in un giudizio comparativo con i sei soggetti che erano stati assunti per l'anno 2013/2014.

Le doglianze possono essere esaminate congiuntamente. Esse non sono fondate.

L'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, A.P., n. 7 del 2021) ha di recente ribadito che la responsabilità in cui incorre l'amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche, sia inquadrabile nell'ipotesi di responsabilità da fatto illecito *ex art. 2043 cod. civ.*.

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 ed il potere dell'amministrazione nell'esercizio della sua funzione, finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico. 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 - da cui scaturirebbe una responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* - bensì un potere attribuito dalla legge, che va esercitato in conformità alla stessa e ai canoni di suo corretto uso individuati dalla giurisprudenza.

L'interesse legittimo correlato ad un "bene della vita" coinvolto nell'esercizio della funzione pubblica è una situazione soggettiva sostanziale facente parte della sfera giuridica di cui il soggetto è titolare.

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) è attribuito al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica (Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191).

Tanto premesso, l'ingiustizia del danno deve essere dimostrata in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui la valutazione sull'ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale.

L'annullamento della selezione rileva come ingiustizia del "fatto" ma non permette di ravvisare la produzione, per essa sola, di un danno qualificabile "*contra ius*".

Ne consegue che 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.

Ciò significa che l'illegittimità dell'attività provvedimentoale deve essere tale da incidere sul contenuto dell'atto, nel senso che sia dimostrabile che, senza i vizi di illegittimità di cui è affetto, il provvedimento sarebbe stato satisfattivo e che all'esito del procedimento il privato avrebbe conseguito l'utilità sperata. L'esistenza del danno ingiusto lamentato in giudizio, cioè, deve formare oggetto di un puntuale onere probatorio in capo al soggetto che ne richianda il risarcimento, non costituendo quest'ultimo una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo illegittimo.

Secondo il consolidato insegnamento giurisprudenziale, invero, il principio generale dell'onere della prova previsto dall'art. 2697 c.c., si applica anche all'azione di risarcimento per danni proposta dinanzi al Giudice amministrativo. Spetta dunque al danneggiato fornire in giudizio la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria, e quindi, in particolare, quella della presenza di un nesso causale che colleghi la condotta commissiva o omissiva della Pubblica Amministrazione all'evento dannoso, e quella dell'effettività del danno di cui si invoca il ristoro, con la conseguenza che, ove la domanda di risarcimento manchi di tale necessaria prova, essa non può che essere respinta.

Il Collegio ritiene, a tal punto opportuno, ribadire principi già da questo Giudice espressi in tema di risarcimento del danno conseguente ad annullamento dell'atto amministrativo, con particolare riguardo al risarcimento del danno da cd. perdita di *chance* (Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012 n. 1957), dai quali non vi è motivo di discostarsi.

Ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., il danno è risarcibile soltanto laddove esso consiste in un danno/evento ingiusto, tale essendo quello consistente nella lesione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, che fonda la sussistenza di una posizione soggettiva.

Deve trattarsi di un danno che presuppone la titolarità di un interesse apprezzabile, differenziato, giuridicamente rilevante e meritevole di tutela e che inerisce al contenuto stesso della posizione sostanziale.

Tale danno ingiusto deve essere inoltre ricollegabile, con nesso di causalità immediato e diretto, al provvedimento impugnato, e, nel caso in cui la posizione di interesse legittimo appartenga alla *species* del cd. interesse pretensivo, esso deve concernere l'ingiusto diniego o la ritardata emanazione di un provvedimento amministrativo richiesto.

Secondo questo Consiglio di Stato (sez. V, 2 febbraio 2008 n. 490) "il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile" e ciò è quello che "distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile".

In tal senso, la giurisprudenza ha ancorato il risarcimento del danno cd. "da perdita di chance" a indefettibili presupposti di certezza dello stesso, escludendo il caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una "eventualità" di conseguimento del bene della vita. Ed infatti, in tale ultimo caso, risulta pienamente esaustiva la tutela ripristinatoria offerta dall'annullamento e dalle sue conseguenze (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2004 n. 5440; sez. V, 25 febbraio 2003 n. 1014; sez. VI, 23 luglio 2009 n. 4628; Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2007 n. 15947).

In definitiva, può affermarsi che, nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, la prova dell'esistenza del medesimo interviene in base ad una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua "certezza", la quale presuppone:

- *in primis*, l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale della quale possa assumersi essere intervenuta una lesione; e laddove vi è esercizio di potere tale posizione sostanziale è l'interesse legittimo;
- in secondo luogo, l'esistenza di una lesione, che sussiste sia laddove questo possa essere a tutta evidenza e concretamente riscontrato, sia laddove vi sia "una rilevante probabilità del risultato utile" frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione.

Quanto a questo secondo aspetto, l'esame della sussistenza del danno da perdita di *chance* interviene:

- o attraverso la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori
- o attraverso una articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza;
- ovvero ancora attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. "più probabile che non" (Cass. civ., n. 22022/2010), e cioè "alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali" (Cass., sez. III civ., n. 22837/2010).

In applicazione di tale principio, non risulta accertata in giudizio una rilevante probabilità del risultato utile frustrata dall'agire illegittimo della Scuola.

In particolare non è emersa la prova del diritto al risarcimento del danno patrimoniale equivalente alle retribuzioni che gli attori, ove vincitori, avrebbero potuto percepire, poiché essi non sono in

grado di fornire la prova che sarebbero risultati certamente vincitori anche in considerazione della probabile partecipazione di altri candidati alla selezione pubblica; non è provato il danno da perdita di *chance*, poiché manca una valutazione comparativa tra candidati idonea a soddisfare i principi giurisprudenziali elaborati al riguardo, ossia gli elementi atti a dimostrare, seppure in modo presuntivo, e sulla base di un calcolo delle probabilità, la possibilità che essi avrebbero avuto di vittoria del concorso, dovendo essere comparati titoli e requisiti posseduti dai candidati.

In particolare, come correttamente evidenziato dal Tar tutti i sei nominati erano docenti laureati (filosofia, matematica, lettere, pedagogia) e per cinque di loro, da destinare al ciclo secondario, docenti con competenze linguistiche mediamente superiori a quelle dei ricorrenti (i laureati in lettere conoscono due lingue straniere e due su tre sono madrelingua in una delle due lingue straniere conosciute). Inoltre anche i nominati, così come gli appellanti avevano già prestato servizio presso la Scuola Europea di Parma. Lo stesso è a dirsi per l'ipotetico danno alla formazione professionale.

Il danno all'immagine, poi, è solo labialmente affermato.

Il ricorso deve essere, conseguentemente, rigettato.

Le spese del giudizio in considerazione della particolarità della questione tratta e dell'evoluzione nel tempo della giurisprudenza in materia di risarcimento del danno da annullamento di atto illegittimo, devono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Rosaria Maria Castorina

Claudio Contessa

IL SEGRETARIO