

PROCURA GENERALE
DELLA
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Sezioni Unite civili – Adunanza camerale del 12 settembre 2023
N. 7 del Ruolo; R.G. n. 13498/2023

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti;

osserva:

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione X, con sentenza n. 1018/2021 pubblicata il 25.11.2021, accogliendo parzialmente l'appello formulato da **OMISSIS**, ha condannato **OMISSIS** al risarcimento del danno derivante da perdita di chance, ridotto nella misura indicata in motivazione, causato dalla illegittima apposizione del vincolo di approvvigionamento territoriale al provvedimento di autorizzazione per la realizzazione di un impianto di produzione di energia alternativa.

OMISSIS ha impugnato la predetta sentenza con ricorso in cassazione fondato su un unico motivo.

Per l'esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia ed al contenuto dei documenti di parte in atti, limitando qui le conclusioni al rilievo dei soli elementi del processo e agli argomenti di diritto che la Procura generale della Corte di cassazione ritiene necessari per formulare le proprie conclusioni scritte, a definizione del procedimento.

Con l'unico motivo si sostiene il “difetto assoluto di giurisdizione per erronea astratta definizione della chance lesa dall'azione amministrativa illegittima” e “la

trasformazione di un interesse di mero fatto in diritto soggettivo o interesse legittimo risarcibile”.

In particolare, l'amministrazione ricorrente contesta la sussistenza di una chance da intendersi come situazione soggettiva meritevole di tutela in capo ad **OMISSIS**, individuando invece una aspettativa di mero fatto connessa alla possibilità di godimento degli incentivi previsti a favore degli impianti in questione, poi venuta meno a causa della modifica normativa intervenuta nelle more.

2. Il ricorso è a nostro avviso inammissibile.

I limiti del sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale sono stati, anche di recente, ribaditi da univoca giurisprudenza, come si ricava *ex multis* dalla sentenza Cass. Sez. un. n. 8093/2020:

“Queste Sezioni Unite hanno innumerevoli volte affermato che il ricorso per cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato è consentito solo per motivi inerenti alla giurisdizione, secondo quanto previsto dall'articolo 111, co. 8 Cost. (disposizione recepita dagli articoli 362 cod. proc. civ. e 110 cpa) e, quindi: "a) nell'ipotesi in cui la sentenza abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale (esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure negando la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse costituire in modo assoluto oggetto di esame giurisdizionale); b) nell'ipotesi di violazione dei cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione (giudicando in materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure negando la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che questa spetti ad altro giudice, oppure esercitando un sindacato di merito in materia attribuita esclusivamente alla propria giurisdizione di legittimità degli atti amministrativi)".

Questo indirizzo (tra le molte, Cass. SSUU n. 956/17, con ulteriori richiami) vale ad escludere l'ammissibilità del ricorso per cassazione finalizzato, nella

sua portata sostanziale, a lamentare "solo un cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, cioè un vizio che attiene all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge a detto giudice".

Sulla questione è anche intervenuta la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 6/2018, dalla quale si trae conferma del fatto che il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti - previsto dall'articolo 111, co. 8 Cost. per i 'soli' motivi inerenti alla giurisdizione - non possa riguardare anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando, in quanto una siffatta opzione interpretativa basata su un adattamento dinamico-evolutivo del concetto stesso di giurisdizione, si porrebbe senz'altro in contrasto con la lettera e lo spirito della norma costituzionale.

In particolare nella pronuncia n. 8311/19 le Sezioni unite hanno ribadito che "alla luce della sentenza n. 6 del 2018 della Corte Costituzionale - la quale ha carattere vincolante perché volta ad identificare gli ambiti dei poteri attribuiti alle diverse giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti e i limiti del ricorso ex art. 111, comma 8, Cast. - il sindacato della Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione concerne le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione per 'invasione' o 'sconfinamento' nella sfera riservata ad altro potere dello Stato ovvero per 'arretramento' rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale, nonché le ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, le quali ricorrono quando la Corte dei Conti o il Consiglio di Stato affermino la propria giurisdizione su materia attribuita ad altro giudice o la neghino sull'erroneo presupposto di quell'attribuzione. L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando

un'attività di produzione normativa che non gli compete, e non invece quando si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento 'abnorme o anomalo' ovvero abbia comportato uno 'stravolgimento' delle norme di riferimento atteso che in questi casi può profilarsi, eventualmente, un error in iudicandum ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione" (tra le molte, anche Cass.SS.UU. nn. 30653/18; 7926/19; 29082/19; 413/20).

Nel contesto dei principi affermati dai precedenti ora citati, deve escludersi che la pronuncia impugnata abbia violato i limiti esterni della giurisdizione del Giudice amministrativo.

3. Nel caso di specie, la sentenza impugnata ha riconosciuto meritevole di accoglimento la tesi di **OMISSIS** secondo la quale il progetto di realizzazione dell'impianto di produzione di energia alternativa alimentato a biomasse, non era stato realizzato a causa del ritardo nella conclusione del procedimento autorizzatorio provocato dalla originaria illegittimità del relativo provvedimento. In particolare, la sentenza ha affermato che l'apposizione del vincolo di approvvigionamento territoriale, giudicata illegittima dal TAR Sicilia con sentenza passata in giudicato, "ha impedito la realizzazione dell'impianto in tempo utile per fruire del sistema di incentivazione dei CV ex d.m. 18.12.2008, in un contesto normativo nel quale l'art. 25 del d.lgs n. 3 del 2011 ha preservato il previgente, più favorevole sistema di incentivazione a favore degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, entrati in esercizio entro il 31.12.2012".

Nelle more era infatti intervenuta la nuova disciplina prevista dal d.m. 6.7.2012, riduttiva dei benefici di incentivazione.

La pronuncia del **OMISSIS** è giunta a tale conclusione richiamando, in primo luogo, i principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2021,

secondo la quale la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento 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 meritevole di tutela.

Più in particolare, con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza le disposizioni sui relativi benefici, la citata pronuncia dell'Adunanza plenaria ha affermato che 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. E con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre che il giudice stabilisca se le erogazioni sarebbero comunque cessate ovvero se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo.

Infine, la pronuncia ha affermato che il relativo danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa.

4. Premettendo questi principi, e “guardando da vicino il caso in esame”, il **OMISSIS** ha, in primo luogo, rilevato la sussistenza del “giudicato annullatorio” scaturente dalla sentenza del TAR Sicilia n. 2484/2013 relativo all'autorizzazione unica accordata ad **OMISSIS** ai sensi dell'art. 12 d.lgs n. 387/2003 per la realizzazione dell'impianto citato: l'annullamento era disposto “limitatamente alla prescrizione, al rispetto della quale era subordinata l'efficacia dell'autorizzazione, attinente al c.d. vincolo di approvvigionamento territoriale”. Tale vincolo, concreta infatti una riserva di fornitura in favore dei produttori regionali, e costituisce una forma di aiuto alle

imprese locali che altera il regime della libera concorrenza. Si è così rilevata la sussistenza dell'elemento oggettivo della fattispecie di danno costituito dalla oggettiva illegittimità del provvedimento amministrativo dal quale è derivata l'ingiusta lesione del bene della vita meritevole di tutela.

In secondo luogo, anche richiamando espressamente i risultati della relazione di verifica acquisita in atti, la sentenza impugnata afferma che “qualora la p.a. avesse rilasciato l'autorizzazione unica nel giugno 2011, priva del vincolo di approvvigionamento territoriale, poi dichiarato illegittimo, **OMISSIS** avrebbe avuto “una seria e qualificata probabilità di completare, e porre in esercizio l'impianto, entro il dicembre del 2012, in modo tale da accedere alla disciplina incentivante dei cosiddetti certificati verdi, di cui al d.m. 18.12.2008”.

Una terza affermazione sulla quale si fonda la pronuncia del **OMISSIS** è riferita al bene della vita che è risultato leso. Sul punto la sentenza precisa che “al momento dell'istanza, e della procedura, di autorizzazione unica (2009-2010) il bene della vita perseguito era costituito dal permesso di esercitare l'impianto alimentato a biocombustibile, congiunto alla percezione degli incentivi secondo il sistema CV: un bene della vita avente dimensione complessa, sicuramente comprensivo degli incentivi”. E nell'esprimere la essenzialità della concessione degli incentivi previsti all'epoca della proposizione dell'istanza di autorizzazione ai fini del concreto svolgimento dell'attività di impresa, la sentenza richiama ancora l'Adunanza plenaria n. 7 del 2021 laddove questa ribadisce, in riferimento ad analogo settore di produzione di energia (impianti fotovoltaici), che lo svolgimento dell'attività di impresa in tale ambito consegue all'autorizzazione prescritta, “ma soprattutto alla spettanza dei benefici legati alle incentivazioni”.

In tal senso l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella decisione in parola rimette al giudice il compito di svolgere la valutazione e la prognosi sull'esito del relativo procedimento, conducendo una analisi caso per caso.

Infine, in applicazione di questo insegnamento, il **OMISSIS** ha rilevato “la indubbia sussistenza” del nesso di causalità “nel rapporto di consequenzialità imputabile al ritardo della **OMISSIS**: il venir meno del sistema degli incentivi non è derivato dalla modifica peggiorativa prevista dalla normativa sopravvenuta (d.m. 6.7.2012), poiché è stata proprio l’illegittimità dell’azione amministrativa, l’adozione, per così dire, in via originaria del vincolo di approvvigionamento sul territorio (dichiarato poi illegittimo con sentenza passata in giudicato *ndr*) a rendere la sopravvenienza rilevante, come fatto impeditivo”.

In relazione all’elemento soggettivo della p.a. interessata, requisito necessario ai fini della tutela risarcitoria, la sentenza richiama il pacifico indirizzo della giurisprudenza secondo il quale l’illegittimità del provvedimento costituisce una presunzione in tal senso, nella fattispecie non superabile alla stregua delle risultanze in atti, ricavabili dall’esame delle conseguenze pratiche indotte dal vincolo territoriale apposto dalla **OMISSIS** al provvedimento di autorizzazione.

5. Ora, a fronte di tale articolata argomentazione della sentenza impugnata, qui solo riassunta ma alla quale si rinvia per completezza, non pare possa sostenersi la sussistenza di un difetto assoluto di giurisdizione, motivata dalla natura di mero fatto della aspettativa di **OMISSIS** circa il godimento degli incentivi previsti in epoca precedente alla intervenuta modifica peggiorativa più volte citata.

Non è infatti dubbia la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso in esame, ai sensi dell’art. 30, comma 2 del c.p.a. che dispone che “Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall’illegittimo esercizio dell’attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi”.

Nel caso spetta pertanto al giudice amministrativo individuare in concreto la posizione giuridica tutelata, ed in particolare la chance quale bene della vita, secondo

i criteri di individuazione di tale nozione più volte affermati dalla giurisprudenza, anche della Corte di cassazione.

In particolare, il richiamo è all'insegnamento secondo il quale

“In tema di risarcimento del danno, il creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di “chance” – che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione – ha l'onere di provare, benché solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta (*ex multis*, Cass. n. 6488/2017).

Non può a nostro avviso dubitarsi che il **OMISSIS** abbia in concreto, come prescritto dal pacifico orientamento richiamato, individuato il bene della vita meritevole di tutela leso dal provvedimento illegittimo della **OMISSIS**, rilevando la sussistenza dei presupposti - soggettivo e oggettivo, nonché del nesso di causalità - per la condanna al risarcimento del danno.

Pertanto non risultano violati i limiti esterni alla giurisdizione, i soli che secondo la univoca giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, specie successivamente alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, sono soggetti al sindacato della stessa Corte di cassazione come comprovato dalla giurisprudenza citata all'inizio, che si compendia nel principio in base al quale “Non è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice speciale, censurabile in Cassazione, quando sia contestato un "error in procedendo", (per avere il Consiglio di Stato revocato una sentenza in totale assenza dei presupposti), ed un "error in iudicando", (per avere il giudice speciale violato il principio del "ne bis in idem"), atteso che, come chiarito dalla Corte costituzionale

con sentenza n. 6 del 2018, l'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, deve essere riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, quando il giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento) ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici; ne consegue che il controllo di giurisdizione non può estendersi al sindacato di sentenze cui pur si contesti di essere abnormi o anomale ovvero di essere incorse in uno stravolgimento delle norme di riferimento” (Cass. sez. un. n. 29082/2019; n. 8311/2019).

Le censure proposte dall' **OMISSIS** ricorrente sono invece dirette a contestare le valutazioni del giudice amministrativo, circa la concreta sussistenza in capo ad **OMISSIS** del bene della vita meritevole di tutela, svolte in conformità ad una condivisa giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, senza travalicare i confini dell'attività di interpretazione ed alla luce del compendio normativo applicabile.

PER QUESTI MOTIVI

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione rigettino il ricorso dichiarandolo inammissibile.

per il Procuratore Generale

Renato Finocchi Ghersi, Avvocato Generale

Roma, 13 luglio 2023