

**LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
DA PROVVEDIMENTO**

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Luglio 2011)

Prof. Maurizio CAFAGNO – Mariano FAZIO

INDICE¹

- 1. INTERESSI LEGITTIMI E RISARCIMENTO DEL DANNO:
EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE**
- 2. NOVITÀ LEGISLATIVE**
- 3. PROFILI PROBLEMATICI RELATIVI ALLA PROVA ED ALLA
QUANTIFICAZIONE DEL DANNO**
- 4. SEGUE: CHANCE E DANNO IN MATERIA DI CONTRATTI DELLA
P.A.**
- 5. PROFILI PROBLEMATICI RELATIVI ALL'ELEMENTO
SOGGETTIVO DELL'ILLECITO**
- 6. PROPOSTE DI INQUADRAMENTO ALTERNATIVE DELLA
RESPONSABILITÀ**
- 7. LA RIPARAZIONE IN FORMA SPECIFICA**
- 8. IL DIBATTITO SULLA PREGIUDIZIALITÀ**
- 9. NOTA BIBLIOGRAFICA**

¹ Maurizio Cafagno ha redatto il primo e l'ottavo paragrafo dello scritto, Mariano Fazio i paragrafi dal n. 2 al n. 7.

1. INTERESSI LEGITTIMI E RISARCIMENTO DEL DANNO: EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

Nel diritto amministrativo italiano le posizioni soggettive correlate all'esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione sono note come "interessi legittimi".

In passato, la giurisprudenza nazionale escludeva che la lesione di interessi legittimi fosse idonea ad originare obbligazioni risarcitorie degli apparati pubblici.

L'illegittimità del provvedimento creava semmai le premesse per un accesso alla tutela costitutiva di annullamento, ma non abilitava richieste di tutela per equivalente.

In pratica, le amministrazioni andavano di principio immuni da responsabilità civile, per l'esercizio illegittimo dei poteri pubblici loro conferiti.

Questo orientamento è entrato in crisi in epoca relativamente recente, agli inizi degli anni '90, sotto l'impulso del diritto comunitario.

Risale a questo periodo, ad esempio, il recepimento (con l'art. 13 dell'ormai abrogata legge 19 febbraio 1992 n. 142) delle prime direttive "ricorsi" (89/665/CEE e 92/13/CEE), le quali prescrivevano agli Stati di accordare una possibilità di tutela risarcitoria ai concorrenti pregiudicati dalla violazione delle norme comunitarie regolanti le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori o di forniture (indubbiamente titolari, alla stregua delle tassonomie interne, di interessi legittimi).

Del medesimo periodo è la nota sentenza (resa nelle cause riunite C-6/90 e C-9/90 "Francovich-Bonifaci contro Repubblica Italiana") con cui la Corte di Giustizia ha riconosciuto la responsabilità dello Stato membro per i danni derivati al singolo cittadino dalla mancata attuazione di una direttiva (SORACE, *Diritto delle amministrazioni*, 380).

Queste novità non hanno in se stesse modificato il tradizionale indirizzo ostativo al risarcimento (di primo acchito la giurisprudenza le ha classificate come previsioni

eccezionali, Cass. Civ., SS.UU., 5.3.1993, n. 2667), tuttavia hanno preparato ed annunciato un mutamento imminente.

Esso è infine giunto con la storica sentenza Cass. Civ., SS.UU., 22.7.1999, n. 500.

Nella pronuncia la Corte, capovolgendo il precedente orientamento, ha riconosciuto possibile una responsabilità civile della pubblica amministrazione per i danni cagionati nell'esercizio dell'attività autoritativa, reputando che anche la lesione degli interessi legittimi – al pari della lesione di diritti soggettivi – fosse astrattamente idonea a concretare un “danno ingiusto”, ai sensi dell’art. 2043 del c.c.

In motivazione la Corte, riconoscendo nell’art. 2043 c.c. una norma primaria, sanzionatoria delle condotte produttive di danno (e non una norma secondaria, sanzionatoria di condotte vietate da altre norme), ha affermato che *“la lesione di un interesse legittimo, alla pari di quella di un diritto soggettivo o di un altro interesse giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità acquiliana, ai fini della qualificazione del danno come ingiusto”*.

L’interesse legittimo è coerentemente configurato come *“posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita, oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell’attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell’interesse al bene”*.

Nel sancire la piena risarcibilità di queste posizioni, la Corte di Cassazione ha sin da questa prima sentenza storica affermato che l’accoglimento della richiesta di riparazione per equivalente non presuppone l’impugnazione preventiva del provvedimento lesivo, in sede giurisdizionale amministrativa, poiché il giudice ordinario può accertarne in via incidentale l’illegittimità, ai fini della qualificazione della condotta come illecita (*infra*).

2. RECENTI NOVITÀ LEGISLATIVE

La strada aperta dalla sentenza n. 500/1999 è stata imboccata, un anno più tardi, anche dal legislatore italiano.

Il d.lgs. n. 80/1998 aveva per la verità attribuito un potere di condanna al risarcimento del danno al giudice amministrativo munito di giurisdizione esclusiva ma, entro il quadro interpretativo anteriore alla sentenza n. 500 del 1999, forte rimaneva il sospetto che la disposizione volesse seguire a riferirsi a fattispecie di responsabilità pur sempre nascenti dalla lesione di diritti soggettivi.

L'art. 7 della legge n. 205/2000 ha dissipato ogni incertezza, riconoscendo il potere di condanna al risarcimento del danno al giudice amministrativo munito di giurisdizione generale di legittimità.

La disposizione (modificativa dell'art. 35 del d.lgs. n. 80/1990 e dell'art. 7 della legge n. 1034/1971), ha più in particolare stabilito che *“il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso”*.

Su queste basi, la giurisprudenza civile e quella amministrativa, risolta qualche iniziale incertezza, sono pervenute alla conclusione che l'ordinamento vigente, superando il modello di riparto delineato dalla sentenza 500/1999, sotto il vigore dell'antecedente disciplina processuale, riserva ora al giudice amministrativo il potere di disporre il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi (cfr. Corte Costituzionale n. 191/2006, Cass. Civ., SS.UU., n. 13659/2006).

La recente codificazione del sistema di giustizia amministrativa, attuata con il d.lgs. n. 104/2010, ha confermato l'impianto delineato dalla legge n. 205/2000.

Il nuovo Codice prevede, infatti, per un verso, che *“sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad*

atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle *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, per altro verso, 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” (art. 30, comma 2).

3. ALCUNI PROFILI PROBLEMATICI RELATIVI ALLA PROVA ED ALLA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

La prevalente giurisprudenza amministrativa, mantenendosi nel solco tracciato dalla sentenza n. 500/1999, ritiene tutt’oggi che la norma generale di riferimento, utile all’inquadramento delle obbligazioni risarcitorie degli apparati pubblici, nascenti dall’emanazione di provvedimenti amministrativi viziati, sia l’art. 2043 del c.c. (tra le molte, Cons. Stato Sez. V, 11 aprile 2011, n. 2221; Cons. St., Sez. V, 6.5.2011, n. 2725).

Ai sensi della previsione codicistica, l’orientamento oggi dominante eleva dunque ad elementi costitutivi dell’illecito la lesione di una posizione giuridica, non giustificata da alcuna norma di legge, un danno patrimoniale, il nesso causale tra l’evento dannoso e la condotta della pubblica amministrazione, l’elemento soggettivo, suscettibile di concretarsi nel dolo o nella colpa, grave o lieve (Cons. St., Sez. IV, 6.7.2009, n. 4325).

Sebbene non manchino, nel panorama dottrinale e giurisprudenziale, prospettazioni alternative, circa la natura e la disciplina della responsabilità (cfr. infra, par. 6), per il momento l’analisi soffermerà l’attenzione sul modello di inquadramento prevalente e, perciò, su alcuni profili problematici legati all’applicazione dello schema interpretativo suggerito dalla storica pronuncia delle Sezioni Unite.

Tra le questioni più spinose introdotte dalla sentenza n. 500 del 1999, all’origine di incertezze interpretative tuttora irrisolte, è il problema del trattamento del danno conseguente alla lesione di interessi pretensivi, originato da provvedimenti discrezionali.

La motivazione del rivoluzionario precedente a suo tempo insistette sull'esigenza di distinguere, ai fini dell'accertamento di un danno patrimonialmente rilevante e suscettivo di risarcimento, tra lesione di interessi alla conservazione di un bene (c.d. interessi legittimi oppositivi) e lesione di interessi all'acquisizione di un bene (c.d. interessi pretensivi).

Infatti, se la lesione dei primi comporta inevitabilmente un sacrificio del bene della vita, poichè il relativo godimento preesiste al provvedimento, la lesione dei secondi presuppone si valuti la spettanza del bene della vita, rifiutato dall'amministrazione.

Il diverso atteggiarsi del diritto del privato al risarcimento del danno prodotto dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, a seconda della natura oppositiva o pretensiva dell'interesse legittimo, continua ad essere affermato, sia pure in termini non esattamente identici rispetto alla sentenza n. 500/1999, anche dalla giurisprudenza più recente (Cass. civ., Sez. III, 23.2.2010, n. 4326, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 13.9.2010, n. 11028, Cons. St., Sez. V, 21.4.2006, n. 2256).

E' chiaro che l'accertamento della spettanza, da cui viene a dipendere la risarcibilità dell'interesse legittimo, risulta tanto più problematica, laddove la pubblica amministrazione eserciti un potere discrezionale.

Rispetto ad una attività vincolata, il sindacato non incontra ostacoli particolari, in quanto "stabilire quale sia il danno è un problema non diverso da quello che si riscontra quando viene leso un diritto soggettivo" (SORACE, *La responsabilità*): come per la lesione di un diritto sarà infatti sufficiente accertare la sussistenza dei presupposti di legge, per stabilire che data quella situazione, la pubblica amministrazione avrebbe dovuto adottare quel certo atto.

Quando la lesione sia prodotta da un atto discrezionale, invece, può risultare difficile stabilire se, in mancanza della illegittimità, i danneggiati avrebbero conseguito e conservato il bene ambito.

In questa classe di casi, la valutazione giudiziale della spettanza del bene della vita, mediante formulazione del necessario giudizio prognostico, minaccia di interferire con la potestà riservata alla pubblica amministrazione.

Entro queste coordinate problematiche, la giurisprudenza ha sviluppato due fondamentali orientamenti:

a) la linea più restrittiva riconosce ammissibile un giudizio prognostico (e, conseguentemente, ipotizza l'eventualità di un risarcimento del danno nascente dalla mancata assegnazione del bene) quando si versi nell'ipotesi di attività vincolata, mentre in sostanza esclude la possibilità del giudizio prognostico nell'ipotesi di attività discrezionale (Cons. Stato, Sez. IV, 29.1. 2008, n. 248).

Coerente a questo indirizzo è l'idea che, “quando l'interesse si riferisca ad un'attività discrezionale, il privato, per poter ottenere il risarcimento della lesione, dovrebbe attendere preventivamente il riconoscimento espresso del bene della vita (che può avvenire o direttamente da parte dell'amministrazione o a seguito di giudizio di ottemperanza). Solo quando sia avvenuto tale riconoscimento si potrà chiedere ristoro del danno che, in questo caso, non potrà che ridursi al solo pregiudizio determinato dal *ritardo* nel conseguimento del bene anelato” (in tema, DE LEONARDIS).

b) Un secondo orientamento (Cons. Stato, Sez. VI, n. 5323/2006) – muovendo dal rilievo critico per cui “*il giudizio sulla spettanza ossifica eccessivamente l'azione amministrativa e posticipa irragionevolmente le possibilità di ottenere il risarcimento, costringendo il giudice a pronunciare una sentenza di inammissibilità dell'azione risarcitoria per difetto di presupposti e rimettendo in moto l'azione amministrativa, che, nel riesercizio del potere, si presenta paradossalmente scissa fra necessità di ottemperare al giudicato e timore di ingenerare i presupposti per l'esperimento dell'azione di danni*”) – ritiene, invece, che nei casi in cui “*a giudizio del giudice amministrativo, non vi sia agevole rinnovabilità delle attività amministrative, il danno vantabile nei confronti dell'amministrazione debba essere visto nella prospettiva della perdita di chance*”.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 13/2008) – chiamata a individuare il momento in cui può essere valutata la domanda di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi (pretensivi) nel caso di annullamento di un provvedimento discrezionale e, più in particolare, nello sforzo di stabilire “*se tale valutazione debba essere effettuata soltanto all'esito del nuovo esercizio di potere discrezionale, ovvero immediatamente, e cioè a prescindere dal riesercizio del potere, con valutazione prognostica ex ante*” – ha optato per una soluzione del conflitto che assume, per certi versi, il carattere del compromesso.

Da un lato, infatti, ha ammesso la possibilità di risarcire il danno anche in mancanza del riconoscimento del bene della vita, d'altro lato, ha comunque condizionato il risarcimento a un esercizio del potere che, sottoposto a vaglio di legittimità, consenta di configurare l'attività amministrativa conseguente come sostanzialmente vincolata.

Sul versante degli elementi oggettivi dell'illecito, ulteriori difficoltà ed incertezze interpretative sono connesse alla configurabilità di un danno patrimonialmente rilevante ove l'amministrazione incorra nella lesione di interessi formali o procedimentali.

Con qualche approssimazione, i principali orientamenti della giurisprudenza in argomento possono essere schematizzati come segue:

a) Secondo un primo orientamento, la semplice illegittimità dell'atto amministrativo non è in questi casi sufficiente a concretare un'obbligazione risarcitoria a carico della pubblica amministrazione (Cons. Stato Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538);

b) A giudizio di un secondo, minoritario, orientamento, la violazione di questi interessi può dar vita ad una responsabilità di matrice precontrattuale (Cons. St., Sez. IV, 7.3.2005, n. 875) ed è concettualmente idonea ad originare un danno risarcibile che è autonomo e diverso, rispetto alla lesione del bene della vita (cfr. par. 6)

c) Una diversa impostazione, che potremmo definire mediana, ammette la risarcibilità non tanto della lesione dell'interesse formale in sé, quanto delle conseguenze che tale lesione può avere sul bene della vita (in questo senso cfr. C.G.A.S., 28.4.2008, n.

363, in particolare nella parte in cui si dice che “*l’omissione, sia dell’avviso sia della comunicazione, ove il provvedimento sia annullato per altri motivi, ben potrà riverberare le sue conseguenze in ordine all’eventuale risarcimento del danno derivante da provvedimento illegittimo nel caso in cui abbia aggravato il danno*”).

4. SEGUE: CHANCES E DANNO IN MATERIA DI CONTRATTI DELLA P.A.

Le difficoltà di prova e di quantificazione del danno assumono connotati peculiari in materia di procedure di gara; in questo campo risulta particolarmente chiaro che la dimostrazione della consistenza delle *chances* sacrificate dall’illegittimità provvedimentoale diviene tanto più ardua man mano che cresce il livello di discrezionalità dell’amministrazione.

Nello sforzo di inquadrare la fattispecie, la giurisprudenza amministrativa ha innanzitutto chiarito che la perdita di chance consiste in una “entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di una autonoma valutazione” e che “il danno relativo consiste “in un danno patrimoniale relativo alla perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo secondo una valutazione ex ante” (Cons. Stato Sez. III, 31 maggio 2011, n. 3278).

Quanto all’onere della prova, esso incombe sul danneggiato, il quale potrà assolverlo ricorrendo a un calcolo delle probabilità di successo (che la giurisprudenza vuole siano superiori al 50%) o a *presunzioni* (Cons. St., Sez. III, 31.5.2011, n. 3278, TAR, Lombardia, Brescia, Sez. II, 15.10.2010, n. 4044).

Alla mancanza di tale prova non è invece possibile sopperire – sempre secondo la giurisprudenza – con una valutazione equitativa ai sensi dell’art. 1226 c.c. (“diretta a fronteggiare l’impossibilità di provare non l’esistenza del danno risarcibile, bensì del suo esatto ammontare” (Cons. Stato Sez. III, 31 maggio 2011, n. 3278).

Sotto il profilo della quantificazione del danno, particolare attenzione è stata dedicata dalla giurisprudenza alla componente del lucro cessante, correlato all'interesse positivo a conseguire l'appalto (CLARICH).

Sul punto, l'orientamento prevalente è orientato nel senso di ritenere che la determinazione del lucro cessante possa essere effettuata in via forfettaria attraverso l'applicazione del criterio del 10% dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata dall'impresa, che però viene ridotto al 5% nel caso in cui l'impresa non riesca a documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze per l'espletamento di altri servizi (Cons. St., sez. VI, n. 14/2010).

Un diverso e ancora minoritario indirizzo, invece, assume una posizione più rigida che richiede un prova rigorosa (come quella desumibile dall'esibizione dell'offerta presentata), della percentuale di utile effettivo che l'impresa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto (Cons. St., Sez. VI, 11.1.2010 n. 20).

5. PROFILI PROBLEMATICI RELATIVI ALL'ELEMENTO SOGGETTIVO DELL'ILLECITO

L'analisi dell'elemento soggettivo dell'illecito è complicata dal fatto che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale su questo tema è venuto ad intrecciarsi con quello sulla *natura* della responsabilità.

E' risaputo che il regime della colpevolezza e dell'onere della relativa prova si configura in modo diverso a seconda che si discuta di responsabilità contrattuale, precontrattuale o extracontrattuale (cfr. *infra*).

Ad accentuare la confusione si aggiunge poi il fatto che nella prassi giudiziaria non mancano soluzioni ambigue, che tendono a mescolare modelli e segmenti di disciplina

diversi e che, pur formalmente appellandosi all'art. 2043 c.c., tendono poi a ricostruire l'elemento soggettivo "in termini peculiari, introducendo, ad esempio, importanti temperamenti o inversioni nell'onere della prova" (TRAVI, *Presentazione del tema del convegno*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi*).

Semplificando, pur con la consapevolezza delle molte sfumature di grigio in cui la tematica si diffonde, il panorama teorico si presta alla seguente schematizzazione:

a) Prima della sentenza n. 500/99, la natura colposa della condotta della pubblica amministrazione, nelle ipotesi di danno arrecato mediante attività giuridica e provvedimenti viziati, prescindeva da qualsiasi valutazione che andasse oltre il mero riscontro della illegittimità (Cass. Civ., SS.UU., 22.5.1984, n. 5361). Si parlava, a questo proposito, di una colpa *in re ipsa* (rispetto alla quale non era sostanzialmente possibile prova contraria).

b) La sentenza n. 500/99 ha mutato indirizzo ed ha affermato la necessità di una effettiva valutazione della sussistenza dell'elemento soggettivo, da condursi alla luce dei parametri di correttezza, buona amministrazione e imparzialità, nei confronti (non del singolo funzionario, ma) della pubblica amministrazione, intesa come apparato.

Tale ricostruzione non è andata esente da critiche.

Innanzitutto, si è sottolineata la difficoltà di ascrivere una "colpa" agli apparati organizzativi, cioè non alle persone fisiche, bensì alla struttura amministrativa (Cons. St., Sez. VI, 6.7.2004, n. 5012).

In secondo luogo, è stato rilevato che l'impiego degli stessi parametri (il buon andamento, la correttezza e la imparzialità dell'azione amministrativa) che sono astrattamente utili all'accertamento della illegittimità dei provvedimenti, può determinare una indebita sovrapposizione delle due indagini (quella sulla colpa e quella sui vizi dell'atto).

Si è infine osservato che la violazione del criterio del buon andamento può fondare un'ipotesi di responsabilità colposa, sebbene la condotta sia solamente inopportuna e, pertanto, non illegittima (cfr. CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 518).

c) Nello sforzo di eludere queste difficoltà applicative, parte della dottrina e della giurisprudenza ha tentato di mutuare i parametri di valutazione della colpa impiegati dalla Corte di Giustizia, in materia di responsabilità delle Istituzioni e degli Stati membri, per violazione del diritto comunitario.

In questa prospettiva, si è suggerito che la colpa dell'apparato fosse ravvisabile laddove l'illegittimità provvedimento avesse integrato una violazione della legge suscettiva di esser giudicata "grave", alla stregua di indici presuntivi (quali, ad esempio, la natura dell'azione amministrativa, la univocità della normativa, la partecipazione del privato; Cons. St., Sez. IV, 14.6.2001, n. 3169, Cons. St., Sez. V, 18.3.2002, n. 1562, T.A.R. Sicilia, Catania Sez. III, 21 giugno 2005, n. 1047).

Un'attenta dottrina (SORACE, La responsabilità), ha rilevato che anche l'indirizzo che, sotto l'influsso della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati, tende a subordinare l'affermazione di una responsabilità al presupposto che l'illegittimità presenti elementi di "inescusabilità" (in tema, Cons. St., Sez. V, n. 995/07), finisce in sostanza col "tornare a chiedere una colpa grave dell'amministrazione".

d) Il tentativo di calcare le orme del giudice europeo, a propria volta, non è andato esente da critiche. Tra gli argomenti opposti alla pretesa di abbinare la colpa dell'amministrazione alle sole violazioni gravi, il rilievo che tale limitazione non trova supporto in alcuna base normativa, nonché la sottolineatura del fatto che la colpa è nozione che va ricondotta al "processo generativo dell'atto illegittimo ed alla sua attitudine a pregiudicare gli affidamenti dei privati, non alla misura della difformità dai parametri normativi che governano l'esercizio del potere" (Cons. St., Sez. V, n. 4239/2001, Cons. St., Sez. VI, n. 1261/2004).

Da queste critiche ha preso le mosse un ulteriore orientamento che, pur aderendo alla tesi che riconduce la responsabilità al modello extracontrattuale, eleva l'illegittimità a fondamento di una presunzione semplice di colpa e, di conseguenza, accolla all'amministrazione l'onere di dimostrare di essere incorsa in fattispecie di errore scusabile (cfr., *ex multis*, Cons. Giust. Amm. Sic., 18.11.2009, n. 1090, Cons. St., Sez. VI, 9.5.2008, n. 2763; id, 7.10.2008, n. 4812; id, 17.7.2008, n. 3602; id. 13.2.2009, n. 775; Sez. V, 20.10.2008, n. 5124; Ad. pl., 3.12.2008, n. 13).

Trattasi di soluzione che chiaramente finisce per contaminare la struttura dell'illecito aquiliano, con alcuni elementi della disciplina contrattuale (cfr. a questo proposito Cons. St., Sez. VI, 4.4..2011, n. 2102).

Come vedremo tra breve, lo sviluppo più radicale di questa linea concettuale è rinvenibile nella tesi secondo cui l'esercizio viziato del potere pubblico e la conseguente lesione di interessi legittimi sono astrattamente idonei ad integrare una responsabilità da "contatto sociale", di natura contrattuale (*infra*, par. 6).

e) Quanto al dolo, la casistica giurisprudenziale è singolarmente scarna.

Sul piano dottrinale, il problema che più ha impegnato la riflessione è quello di stabilire se il dolo, inteso come coscienza e volontà dell'evento lesivo, valga ad impedire che la condotta lesiva perfezionata dal funzionario sia imputata all'ente.

Con qualche approssimazione, possiamo notare che l'argomento registra il confronto tra due fondamentali posizioni.

Secondo una prima tesi, gli atti connotati dalla volontà di procurare un danno ad un terzo, così come quelli integranti un reato, determinerebbero un'interruzione del rapporto di incardinazione; le conseguenze dell'atto doloso non sarebbero dunque ascrivibili alla persona giuridica.

Alla stregua di un secondo orientamento, invece, il dolo di per se stesso non basterebbe ad elidere il nesso di occasionalità necessaria, tra condotta illecita del

funzionario ed esercizio della funzione amministrativa; per escludere l'estensione della responsabilità all'ente occorrerebbe, secondo questa tesi, che la condotta della persona fisica cadesse totalmente all'esterno delle relative attribuzioni (Cass. Civ., Sez. III, 6.3.2008, n. 6033).

6. PROPOSTE DI INQUADRAMENTO ALTERNATIVE

Il panorama delle ipotesi di inquadramento della responsabilità nascente dall'esercizio illegittimo del potere, alternative al modello condiviso dalla sentenza n. 500/1999, si presta ad una schematica rappresentazione.

E' quasi superfluo rammentare che le opzioni recano insite rilevanti diversificazioni di regime, oltre che sul piano dell'elemento soggettivo, sul piano della disciplina della prescrizione, della quantificazione del danno suscettivo di riparazione, della decorrenza degli interessi legali, della rivalutazione monetaria.

a) Sulla falsariga della riflessione civilistica dedicata al tema della cosiddetta responsabilità da "contatto sociale", un indirizzo dottrinale e giurisprudenziale accredita la tesi che "il contatto" che si instaura tra cittadino e pubblici poteri, nel corso del procedimento, valga a costituire in capo alla p.a., ai sensi dell'art. 1173 del c.c., un vero e proprio obbligo di agire correttamente, secondo parametri di buona fede, correttezza, imparzialità.

La violazione di tale obbligo condurrebbe ad una responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Tra le implicazioni di maggiore rilievo di questa impostazione, v'è la possibilità di riconoscere il risarcimento del danno anche a prescindere dalla spettanza del bene della vita cui l'interesse legittimo si collega.

La tesi, pur essendo stata abbracciata sia dalla giurisprudenza civile (Cass. Civ., Sez. I, 10.1.2003, n.157) che da quella amministrativa (Cons. St., Sez. VI, 20.1.2003, n. 340), ove, peraltro, continua a ricevere (parziali) adesioni (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 21.12. 2006, n. 6040; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 3.4.2007, n. 1492, T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 21.2.2007, n. 1527, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 13.5.2009, n. 1139), è rimasta minoritaria (cfr. Cons. St., Sez. IV, 27.11.2010, n. 8291).

b) Altra linea ricostruttiva (RACCA G.) intravede nell'ambito dell'azione amministrativa di carattere autoritativo "un duplice (e possibile) ordine di relazioni tra amministrazione e cittadino": accanto alle situazioni in cui si discute della illegittimità di un atto amministrativo e che vedono il privato "titolare di interessi legittimi e portatore di una pretesa di annullamento dell'atto che li lede", ne esisterebbero infatti altre, ove, invece, il cittadino è "titolare di veri e propri diritti soggettivi", cui corrispondono "obblighi di correttezza in capo all'amministrazione" (in questo senso ROMANO TASSONE A.)

Secondo questa ricostruzione, in altri termini, i rapporti autoritativi con la pubblica amministrazione sarebbero connotati (anche) dall'esistenza di posizioni giuridiche soggettive (di diritto soggettivo) cui sono sottesi beni della vita diversi da quello assicurato dal provvedimento finale.

c) Una declinazione di questa ipotesi ricostruttiva può essere rintracciata in quell'orientamento giurisprudenziale, formatosi in materia di procedimenti selettivi, che inquadra la responsabilità dell'amministrazione nell'ambito di quella "precontrattuale", ex art. 1337 c.c. Più precisamente, secondo questa tesi sussistono i presupposti per una simile configurazione quando il danno subito dal privato deriva da un contegno posto in essere dall'amministrazione in violazione delle regole che tutelano il legittimo affidamento delle parti di una trattativa precontrattuale (cfr. Cons. St., Ad. Pl., n. 6/2005; Cons. St., Sez. V, 6.12.2006, n. 7149; id. 16.3.2011, n. 1627, ove è contenuta l'affermazione che sono risarcibili ex art. 1337 del c.c. i danni causati da "annullamenti d'ufficio di atti di gare pubbliche di appalto per vizi rilevati dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva, o che (la stessa) avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura").

d) Altro orientamento, muovendo dalla convinzione che l'art. 2043 c.c. sia disposizione inidonea a regolare in via generale la responsabilità derivante da esercizio illegittimo del potere, ma ritenendo altresì che il rapporto tra amministrazione e privato sia irriducibile ad una relazione precontrattuale o ad un rapporto negoziale, ha invece sostenuto la natura "speciale" della responsabilità dei pubblici poteri.

In base a questa interpretazione, le disposizioni processuali che hanno assegnato al giudice amministrativo il potere di condannare al risarcimento del danno causato dalla lesione di interessi legittimi avrebbero una valenza anche sostanziale ed assurgerebbero ad autonomo fondamento normativo della responsabilità dell'amministrazione (Cons. St., Sez. VI, n. 16.3.2005, n. 1057).

e) Occorre infine aggiungere che non mancano, in giurisprudenza, soluzioni e proposte di inquadramento ibride, discutibilmente disposte a mescolare, più o meno dichiaratamente, tratti della disciplina aquiliana con elementi di quella contrattuale o precontrattuale (Cons. St., Sez. VI, 4.4.2011, n. 2102).

7. LA RIPARAZIONE IN FORMA SPECIFICA

L'ormai abrogato art. 7 della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali (l. 1034/1971), nella formulazione introdotta dall'art. 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e, in seguito, dall'art. 7, comma 4, l. 205/2000, accordava al giudice amministrativo il potere di "conoscere, nell'ambito della sua giurisdizione, di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, *anche attraverso la reintegrazione in forma specifica*, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".

La disposizione, nell'inciso riguardante l'evenienza di una tutela in forma specifica, ha dato vita ad un intenso dibattito, all'interno del quale si sono fronteggiate tre fondamentali posizioni (TRAVI A., Processo amministrativo).

a) Una prima linea di pensiero ha sostenuto che la previsione della possibilità di una tutela mediante reintegrazione in forma specifica, nell'art. 7, avrebbe decretato l'ammissibilità di un'azione inedita – simile a quella di adempimento prevista dall'ordinamento tedesco – propedeutica all'ottenimento, già nel giudizio di cognizione, di una pronuncia di condanna della p.a. all'emanazione di un provvedimento, capace di assicurare al soggetto danneggiato il bene della vita oggetto dell'interesse leso (in questa linea, v. ad es. T.A.R. Veneto, Sez. I, 9.2.1999, n. 119).

b) Un secondo orientamento ha viceversa ritenuto che la norma abbia inteso riferirsi all'ordinaria tutela risarcitoria in forma specifica (Cons. St., Sez. VI, 18.6.2002, n. 3338; Cons. St., Sez. VI, 21.5.2004, n. 3355, id. 15.11.2005, n. 637, id. 9 giugno 2008, n. 2763; in dottrina, TRAVI A., Processo amministrativo).

c) Altre pronunce hanno manifestato l'inclinazione a sovrapporre, impropriamente, la nozione di reintegrazione in forma specifica con il fenomeno della produzione degli effetti ultracostitutivi della sentenza di annullamento (si veda ad es. T.A.R. Lombardia, sez. III, 30.4.2003, 1091).

Oggi il Codice del processo amministrativo (all'art. 30) chiarisce che la domanda risarcitoria può avere ad oggetto, oltre al risarcimento per equivalente, il risarcimento in forma specifica.

La norma contenuta nell'art. 7 della l. 1034/1971 è stata dunque sostituita dalla previsione secondo cui, “sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica” (art. 30, comma 2 c.p.a.).

Risulta dunque chiarito che il giudice amministrativo è autorizzato ad emettere sentenze di reintegrazione in forma specifica negli stessi casi in cui avrebbe potuto farlo il giudice civile (così, A. TRAVI, Lezioni)

8. IL DIBATTITO DI PREGIUDIZIALITÀ

L'ammissione di una responsabilità per lesione di interessi legittimi ha originato un problema di coordinamento tra tutela risarcitoria e tutela costitutiva di annullamento.

La sentenza n. 500/1999 espresse il convincimento che il danneggiato fosse legittimato ad agire per il risarcimento, prescindendo dalla preventiva impugnazione dell'atto amministrativo lesivo.

La Corte di Cassazione ha in seguito confermato l'orientamento (si vedano le ordinanze nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006 e 13911 del 15 giugno 2006 e la sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008), seguitando a sostenere l'autonomia delle azioni, anche dopo il trasferimento del potere di condanna al giudice amministrativo (supra, par. 3), sino ad affermare che quest'ultimo, se avesse dichiarato inammissibile la domanda risarcitoria, per mancato esperimento previo dell'azione di annullamento, sarebbe incorso in diniego di giurisdizione, idoneo a giustificare ricorso in Cassazione.

Il giudice amministrativo ha viceversa prediletto l'opposto indirizzo, ribadendo a più riprese la pregiudizialità dell'azione di annullamento, rispetto all'azione di condanna (Cons. St., Ad. Plen., 22.10.2007, n. 12; Cons. St., Sez. VI, 21.4.2009, n. 2436).

La disputa giurisprudenziale è stata in qualche modo ricomposta e superata dalla recente codificazione processuale.

L'articolo 30 del decreto legislativo 104/2010 ha infatti espressamente autorizzato l'esercizio dell'azione di condanna al risarcimento del danno nascente da lesione di interessi legittimi senza previo esperimento dell'azione costitutiva, nel termine decadenziale di centoventi giorni dal momento in cui il fatto si è verificato ovvero dal momento in cui si è perfezionata la conoscenza del provvedimento lesivo.

Il terzo comma della norma ha stabilito altresì che, “nel determinare il risarcimento, il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare

usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti" (3 comma).

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella recente sentenza n. 3 del 23.3.2011, ha riconosciuto che il legislatore, con l'introduzione dell'art. 30 del codice del processo amministrativo, *“ha in definitiva mostrato di non condividere la tesi della pregiudizialità pura, di stampo processuale, al pari di quella della totale autonomia dei due rimedi, approdando ad una soluzione che, non considerando l'omessa impugnazione quale sbarramento di rito, aprioristico ed astratto, valuta detta condotta come fatto concreto da apprezzare, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento”*.

L'autorevole precedente è dunque approdato alla conclusione che la mancata impugnazione del provvedimento lesivo, pur non integrando un ostacolo processuale all'esercizio dell'azione risarcitoria, può tuttavia rilevare ai sensi dell'art. 1227 c.c., ove si prevede che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare, usando l'ordinaria diligenza

Giova rammentare, infine, che il cattivo esercizio del potere pubblico può concretarsi, oltre che in una azione, in una omissione, parimenti suscettibile di causare un danno.

Il tema non è qui trattato, perché oggetto di specifico contributo, su questa rivista, al quale si rinvia.

9. NOTA BIBLIOGRAFICA

AA. VV., *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, in Atti del 54° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 2008), Milano, 2009; CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005; CASTRONOVO V.C., *La responsabilità civile della pubblica*

amministrazione, in *Ius*, 2004; CIMINI S., *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimento della P.A.?*, in *Giur. it.*, 2011, 3; CLARICH M., *La quantificazione del danno patrimoniale nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione*, in *Danno e Responsabilità*, 2010, 11 – Allegato 1, 75; CLARICH M., *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 11, 1117; COMPORTI G., *La tutela risarcitoria "oltre" il Codice*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2010, 10, 67; DE LEONARDIS F., *Sui presupposti del risarcimento del danno per lesione di interesse pretensivo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 2, 150; FERRARI G., *La tutela risarcitoria per equivalente nel contenzioso in materia di contratti pubblici e la pregiudiziale amministrativa*, in *Giur. merito*, 2011, 5, 1378; FOLLIERI E., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, 1, 18 ; GAROFOLI R., RACCA G.M., DE PALMA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; GRECO G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, 5, 1029 ; ROMANO TASSONE A., *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e contratto (a proposito di un libro recente)*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2004; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in www.federalismi.it, n. 7/2011; SORACE D., *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Diritto amministrativo*, 2009, 2, 379; SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche, Una introduzione*, Bologna, 2007; TRAVI A., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003, 4, 994; TRAVI, *Lezioni di Giustizia amministrativa*, Torino, 2010; TRIMARCHI BANFI F., *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa: questioni attuali*, Torino, 2009; VILLATA R., *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. IV, Padova, 2008